



Roj: **SAN 2128/2022 - ECLI:ES:AN:2022:2128**

Id Cendoj: **28079230062022100246**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **03/05/2022**

Nº de Recurso: **341/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso: 0000341 /2017**

**Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

**Núm. Registro General: 02792/2017**

**Demandante: BOHIGAS CARS, S.L.**

**Procurador: D. ARGIMIRO VÁZQUEZ GUILLÉN**

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

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilma. Sra.: D<sup>a</sup>. BERTA SANTILLAN PEDROSA**

### **SENTENCIA N<sup>o</sup>:**

**Ilma. Sra. Presidente:**

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

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a tres de mayo de dos mil veintidós.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. **341/2017**, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y en representación de la mercantil **BOHIGAS CARS, S.L.**, contra la Resolución dictada en fecha 9 de marzo de 2017 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en el expediente S/DC/0512/14 TRANSPORTE BALEAR DE VIAJEROS, por la que se le impuso una sanción de multa por importe de 20.496 euros. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.** Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando de esta Sala que dicte sentencia por la que se acuerde la estimación del recurso interpuesto y la nulidad de la sanción impuesta.

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

**TERCERO.** Una vez practicadas las pruebas admitidas a trámite, las partes presentaron los correspondientes escritos de conclusiones quedando posteriormente el recurso pendiente para votación y fallo. Y se fijó para ello la audiencia del día 23 de febrero de 2022.

**CUARTO.** Posteriormente, mediante providencia de 11 de marzo de 2020 se acordó suspender el plazo para dictar sentencia y ello porque: *"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, acordamos oír a las partes para que en el plazo común de 10 días efectúen 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"*.

Y solo constan en autos las alegaciones aportadas por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. Berta Santillán Pedrosa, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** En el presente recurso contencioso administrativo, la entidad actora, BOHIGAS CARS, S.L., impugna la Resolución dictada en fecha 9 de marzo de 2017 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en el expediente S/DC/0512/14 TRANSPORTE BALEAR DE VIAJEROS, por la que le impuso una sanción de multa por importe de 20.496 euros.

La mercantil recurrente, BOHIGAS CARS, S.L., tiene como objeto social, tal como recoge la resolución sancionadora, el transporte de viajeros por carretera.

La parte dispositiva de la resolución impugnada, recaída en el expediente S/DC/0512/14 TRANSPORTE BALEAR DE VIAJEROS, tiene el siguiente contenido:

*"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:

(...)

**23.** BOHIGAS CARS, S.L., por su participación en una infracción única y continuada constitutiva del cártel del transporte escolar en las Illes Balears desde 2013, estando aún vigentes los efectos de dicho cártel, pues los contratos derivados de la licitación de 2013 se mantienen hasta el curso escolar 2016/2017.

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

(...)



21. BOHIGAS CARS, S.L., 20.496 euros.

(...)"

La Sala de Competencia de la CNMC ha considerado que: *"Atendiendo a la clasificación establecida por la normativa vigente, 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"*.

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

En el caso de la recurrente, la CNMC le ha sancionado por su participación en la realización de conductas constitutivas de una infracción única y continuada en relación con el reparto de las rutas escolares en el mercado del transporte escolar en las Illes Balears desde el año 2013 por su participación en la licitación de rutas escolares convocadas por la Consejería de Educación balear en el año 2013, estando aún vigentes los efectos de dicho cártel en la fecha de la incoación del expediente sancionador, pues los contratos derivados de la licitación de 2013 se mantenían hasta el curso escolar 2016/2017. La CNMC ha excluido a la recurrente de la conducta de fijación de precios mínimos relativos al servicio de transporte escolar a centros públicos en el curso escolar 2004/2005 porque no consta su participación, así como del reparto de rutas escolares derivado de las licitaciones convocadas en el año 2005.

**SEGUNDO.** En el escrito presentado por la parte actora se solicita la nulidad de la resolución impugnada y ello en virtud de las siguientes consideraciones.

1. El procedimiento administrativo ha caducado por el transcurso del plazo de 18 meses para resolver el procedimiento sancionador.
2. No hay prueba de que hubiera participado en reuniones con sus competidores en las que se hubieran adoptado acuerdos anticompetitivos de reparto de mercado en relación con el supuesto reparto de los lotes de las licitaciones convocadas en el año 2013 por la Consejería de Educación balear para la prestación de los servicios de transporte regular de uso especial (escolar) en las Illes Balears.
3. De forma subsidiaria, señala que no hubo reparto de lotes, sino que las empresas de transportes participaron exclusivamente en aquellas zonas en las que podían concurrir, por razones de eficiencia económica y estructura empresarial. Razona que se presentó a las licitaciones de aquellos lotes que se encontraban dentro de las proximidades del área en las que ya prestaba los servicios constitutivos de su actividad principal (servicios de transporte regular de viajeros). Y, según la recurrente, es esta una explicación alternativa razonable que justifica que no hubo un reparto de lotes entre los empresarios competidores entre sí.
4. Indefensión material determinante de nulidad de la sanción por cuanto que se le denegó en vía administrativa la práctica de una prueba pericial que tenía por objeto justificar las posibilidades de presentarse a concurso de líneas alejadas de la base operacional de la empresa de transporte sin afrontar pérdidas.
5. Error en la determinación del importe de la sanción de multa impuesta.

**TERCERO.** Esta Sala considera que, con carácter previo al análisis de las cuestiones planteadas por la recurrente, debe examinar la tesis planteada de oficio por esta Sala al amparo de lo previsto en el artículo 33.2 de la LJCA, una vez vistas las alegaciones efectuadas por algunas de las empresas sancionadas en sus respectivos escritos de demanda. Y por ello acordó dar traslado a las partes para que manifestaran si, a su juicio, la CNMC había definido de forma correcta el mercado geográfico afectado por las conductas imputadas, pero exclusivamente en relación con las empresas de transporte regular de uso especial (transporte escolar balear), en cuanto que fijó, como tal, el territorio de las Illes Balears. Se dejó fuera de ese trámite a las



conductas que la CNMC había imputado a las empresas que ejercían su actividad en el servicio de transporte discrecional de viajeros porque, en relación con ese servicio, entendíamos que era correcta la definición del mercado geográfico limitado a la isla de Mallorca tal como se decía en la resolución impugnada: *"Las prácticas investigadas también afectarían a la prestación del servicio de transporte discrecional, concretamente al de turistas y viajeros en excursiones y traslados en la isla de Mallorca, íntimamente ligado al sector turístico en las Illes Balears"*.

En relación con la cuestión planteada por esta Sala, solo constan en las actuaciones las alegaciones efectuadas por el Abogado del Estado quien concluye que el mercado geográfico está bien definido y que no existen razones para que su indefinición pueda conducir a la nulidad de la sanción impuesta y ello por las siguientes razones: (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 en el concepto de mercado afectado por la conducta infractora se incluyen las áreas geográficas en las que, incluso, no puede operar la recurrente, pero si otras empresas participantes en el cártel. Y, el Abogado del Estado, concluye que no puede delimitarse un mercado geográfico distinto para cada una de las empresas participes en el cártel en función de las áreas concretas a las que se circunscribe su actividad.

**CUARTO.** 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, BOHIGAS CARS, S.L., tiene su sede social en Algaida (Palma de Mallorca) y que se dedica al transporte de viajeros por carretera, en la Isla de Mallorca.

**QUINTO.** 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.

**SEXTO.** A la relevancia del mercado se ha referido también la jurisprudencia comunitaria, entre otras, la STJUE de 30 de enero de 2020, asunto C-307/18, en la que se dice: *"La determinación del mercado de referencia exige definir, en primer lugar, el mercado de productos y, en segundo lugar, su mercado geográfico (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de febrero de 1978, United Brands y United Brands Continental/Comisión, 27/76, EU:C:1978:22, apartados 10 y 11)"*, e implica que en el mercado de referencia *"pueda existir una competencia efectiva entre los productos y servicios que forman parte del mismo, lo que supone un grado suficiente de intercambiabilidad, a efectos del mismo uso, entre todos los productos o servicios que forman parte de un mismo mercado. La intercambiabilidad o la sustituibilidad no se aprecian únicamente en relación con las características objetivas de los productos y servicios relevantes. Es preciso, asimismo, tomar en consideración las condiciones de competencia y la estructura de la oferta y la demanda en el mercado (sentencia de 23 de enero de 2018, F. Hoffmann-La Roche y otros, C-179/16, EU:C:2018:25, apartado 51 y jurisprudencia citada)"*.

Igualmente, la importancia de la definición del mercado ya se destacaba en la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/ C 372/03), que comienza con la distinción entre mercado de referencia y mercado geográfico, lo que permite *"determinar y definir los límites de la competencia entre empresas"*, lo que *"tiene con frecuencia una influencia decisiva en la valoración de un caso de competencia"*.

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

Asimismo, destacamos la STJ de 1 de julio de 2008, C-49/07, en cuanto que definió el mercado geográfico *"como aquel territorio en el que todos los operadores económicos se hallan en condiciones de competencia similares, en lo que respecta, en concreto, a los productos de que se trata. No es necesario que las condiciones objetivas de competencia entre los operadores económicos sean perfectamente homogéneas. Basta con que sean similares o suficientemente homogéneas (véase, en este sentido, la sentencia United Brands y United Brands Continental/Comisión, antes citada, apartados 44 y 53). Además, este mercado puede estar limitado a un único Estado miembro (véase, en este sentido, la sentencia Michelin/Comisión, antes citada, apartado 28)"*.

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

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

En definitiva, la definición de mercado, tanto desde el punto de vista del producto como de su dimensión geográfica, debe permitir identificar a aquellos competidores reales de las empresas afectadas que pueden

limitar el comportamiento de estas o impedirles actuar con independencia de cualquier presión que resulte de una competencia efectiva.

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

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

Podemos así concluir, conjugando ambos preceptos, como no podría ser de otro modo dentro del marco del Derecho de la UE, que para que estemos ante una infracción de competencia cometida a través de un cártel que tenga como actividad ilícita el reparto de mercado, se requieren dos presupuestos inescindibles, el de competidor y el de mercado.

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

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

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

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

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



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

**OCTAVO.** En definitiva, esta Sala acuerda la estimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto por BOHIGAS CARS dada la incorrecta definición que del mercado geográfico ha efectuado la CNMC que, sin más precisión, lo ha fijado en el de las Illes Balears. Esa incorrecta definición repercute en la conducta y en la participación de la entidad aquí recurrente toda vez que, resulta incontrovertido que la actora solo prestaba servicios en la isla de Mallorca y ello determina que sea difícil considerarla como empresa competidora de las empresas de transporte escolar que realizan su actividad en otras islas en las que, dada la insularidad, no se comprende, o al menos, la CNMC no lo ha explicado así en la resolución impugnada, en qué medida pueden considerarse competidoras las empresas de transporte escolar que realizan exclusivamente rutas escolares en una de las islas como para poder calificar la conducta del reparto del mercado y de las rutas escolares de las Illes Balears como anticompetitiva y constitutiva de una infracción única y continuada que implica un plan global concertado entre empresarios que, en un principio, es difícil que puedan ser competidores dado que la actividad que desarrollan se realiza en lugares geográficos concretos lo que, dadas las peculiaridades del mercado geográfico afectado, era exigible a la CNMC una mayor explicación de la conexión entre todas las empresas incluidas en un mismo cártel.

**NOVENO.** La íntegra estimación del recurso implica la condena en costas a la Administración recurrente de conformidad con el artículo 139.1 de la LJCA.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación,

## FALLAMOS

ESTIMAR el recurso contencioso administrativo nº **341/2017**, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Argimiro Vázquez Guillen, en nombre y en representación de la mercantil **BOHIGAS CARS, S.L.**, contra la Resolución dictada en fecha 9 de marzo de 2017 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en el expediente S/DC/0512/14 TRANSPORTE BALEAR DE VIAJEROS, por la que le impuso una sanción de multa por importe de 20.496 euros. Y, en consecuencia, acordamos su nulidad porque no es conforme con el ordenamiento jurídico, pero exclusivamente en relación con la sanción impuesta a la mercantil recurrente.

Se imponen a la Administración demandada las costas procesales causadas en esta instancia.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así, lo mandamos, pronunciamos y firmamos.