



Roj: **SAN 2113/2022 - ECLI:ES:AN:2022:2113**

Id Cendoj: **28079230062022100234**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **05/05/2022**

Nº de Recurso: **316/2017**

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: 0000316 /2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02634/2017

Demandante: FEDERACIÓN EMPRESARIAL BALEAR DE TRANSPORTES

Procurador: D. ANTONIO ORTEGA FUENTES

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 316/17, interpuesto por el Procurador D. Antonio Ortega Fuentes, en nombre de la **FEDERACIÓN EMPRESARIAL BALEAR DE TRANSPORTES**. (en adelante, "FEBT"), 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 declare la nulidad o acuerde la anulación total o parcial de la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de 9 de marzo de 2017, recaída en el Expediente NUM000 , *Transporte Balear de Viajeros*, con fundamento en las alegaciones formuladas en este escrito de demanda, todo ello con imposición de costas a la parte demandada.

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

TERCERO: Acordado el recibimiento del recurso a prueba con el resultado obrante en autos, se confirió traslado a las partes para la presentación de conclusiones escritas, verificado lo cual, quedaron los autos conclusos y pendientes de señalamiento para votación y fallo, a cuyo efecto se señaló el día 16 de febrero del año en curso.

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

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

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

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

Dicha resolución acuerda:

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

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

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

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

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

1. FEDERACION EMPRESARIAL BALEAR DE TRANSPORTE (FEBT), por su participación en el cártel del transporte escolar en las Illes Balears, en condición de colaborador necesario, 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. Y por la recomendación de las tarifas de las excursiones y traslados de transporte discrecional en la isla de Mallorca desde 1977 hasta 2011.

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:



(...)

1. FEDERACION EMPRESARIAL BALEAR DE TRANSPORTE (FEBT), 20.000 euros.

(...)

CUARTO. Imponer a la autora responsable de la segunda conducta infractora la siguiente multa:

FEDERACION EMPRESARIAL BALEAR DE TRANSPORTE (FEBT), 20.000 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, FEDERACION EMPRESARIAL BALEAR DE TRANSPORTE (FEBT), señalando que:

"La FEBT tiene su domicilio en Palma de Mallorca. Constituida en 1997 como una entidad asociativa profesional de Asociaciones de transporte de viajeros y mercancías por carretera o vía urbana y empresas de actividades auxiliares y complementarias del transporte, agrupa a un total de 17 asociaciones o agrupaciones de empresas de transporte por carretera de las Illes Balears: once de transporte de viajeros y seis de transporte de mercancías.

De acuerdo con sus Estatutos, de fecha 14 de abril de 20035, la FEBT cuenta con dos órganos de gobierno: la Asamblea General y la Junta Directiva. La Asamblea General, máximo órgano de gobierno y decisión de la FEBT, está constituida por la totalidad de los miembros de las Juntas Directivas de cada una de las Agrupaciones/Asociaciones que integran la FEBT. Se reúne una vez al año dentro del primer trimestre con carácter ordinario y con carácter extraordinario cuando lo disponga la Junta Directiva o lo solicite la mitad más una de las agrupaciones que la integran. Le corresponde la elección cada cuatro años, por sufragio libre y secreto, del Presidente, los Vicepresidentes 1º y 2º y el Secretario de la FEBT. En cuanto a la Junta Directiva, está integrada por el Presidente, los dos Vicepresidentes y el Secretario de la FEBT que lo son de los restantes órganos de gobierno de la misma, así como por los Presidentes de las Agrupaciones/Asociaciones que integran la FEBT en calidad de vocales. Designa entre sus miembros al Tesorero y también está integrada por Consejeros y Asesores, cuando sea necesario su presencia, y el Gerente de la FEBT, con voz pero sin voto. Se reúne de forma ordinaria una vez cada tres meses y de forma extraordinaria cuando así lo decida su Presidente o lo solicite la mitad más uno de sus miembros.

La FEBT cuenta con una plantilla de siete empleados distribuidos en los departamentos de Gerencia, Asesoría Jurídica, Contabilidad, Formación y Atención al asociado, que se encarga de prestar asistencia a las Asociaciones y Agrupaciones integradas en la FEBT7. En concreto, la Asociación Empresarial del Servicio Discrecional de Viajeros de Baleares y la Agrupación Empresarial del Servicio Regular de Viajeros de Baleares tienen su domicilio social en la sede de la FEBT, utilizando los servicios comunes (gerencia, administración y asesoría) de la FEBT".

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

Explica que, de acuerdo con ese marco normativo, los transportes terrestres por carretera se clasifican, por razón de su objeto, en transporte de viajeros y sus equipajes en vehículos acondicionados a tal fin, y de mercancías; y según su naturaleza, en públicos y privados, recuerda que son transportes públicos aquéllos que se llevan a cabo por cuenta ajena a cambio de una retribución económica, y 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 concurso¹⁴². Por lo que se refiere a la prestación del servicio de transporte público regular de uso especial, en concreto, el escolar prestado a centros públicos y sujetos a licitación pública convocada

por la Consejería de Educación balear, precisa que son objeto de investigación en este expediente la prestación de dicho servicio en el curso escolar 2004/2005, que se licitó a través de un procedimiento negociado sin publicidad, así como las licitaciones públicas convocadas mediante concurso en 2005 y 2013 en la Comunidad Autónoma Balear.

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

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

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

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

Se añade que la información aportada por la empresa solicitante de exención daba cuenta del reparto de las rutas escolares ofertadas mediante licitación pública por la Consejería de Educación balear en 2013, y la información recabada en las inspecciones ha corroborado la existencia de un cártel del que forman parte 35 empresas incoadas AUTOBUSES SAN ANTONIO, AUTOCARES ADROVER, AUTOCARES ALCAS, AUTOCARES ALORDA, AUTOCARES ARBOTOUR, AUTOCARES CALDENTEY, AUTOCARES ESTELRICH, AUTOCARES GARFRA, AUTOCARES LEVANTE, AUTOCARES LLULL, AUTOCARES LUCAS COSTA, AUTOCARES MALLORCA, AUTOCARES NORTE, AUTOCARES PAYA, AUTOCARES PUERTO POLLENSA, AUTOCARES PUJOL PALMER, AUTOCARES R. NADAL, AUTOCARES ROCA, AUTOCARES VIDAL, AUTOLÍNEAS MALLORCA, AUTOS VICENS, BOHIGAS CARS, BUS NORT BALEAR, CLASS LABOUR, COMERCIAL I TRANSPORTS LLORET, HEREDEROS DE FCO.VILAS, IBIZATOURS, JOSE CANOVAS AUTOCARES, M.M. ROMERÍAS, ROIG BUS, TORRES ALLES AUTOCARES, TRANSACOBO, TRANSUNIÓN, ULTRAMAR y VORAMAR EL GAUCHO, y el empresario autónomo D. Antonio 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 Antonio .

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.

Por lo que se refiere a la Asociación recurrente, precisa que la participación de la FEBT en la conducta del cártel de transporte escolar ha quedado ampliamente acreditada y que su actuación excedió de las funciones simplemente informativas y de defensa de los intereses colectivos que representa. Que la FEBT era el marco en el que se desarrollaba la cooperación entre las empresas partícipes, y en tal seno las empresas transportistas adoptaron los acuerdos de reparto, actuando la Federación como facilitadora e impulsora de los mismos, con participación de su asesoría jurídica, lo que determina la coautoría de todas ellas en la conducta acreditada. Las comunicaciones que la FEBT remitía y la presentación por la propia Federación, en nombre de algunas de las empresas imputadas, de sus ofertas a las licitaciones, facilitaba la adopción de los acuerdos de reparto de los lotes ofertados al precio máximo de licitación y permitía el conocimiento por parte de las partícipes en el cártel del seguimiento de los acuerdos, siendo cada una de las empresas conocedora de que con su comportamiento se integraba en el acuerdo alcanzado.

Y respecto de las recomendaciones de tarifas de transporte discrecional realizadas por la FEBT a sus asociados, concluye que están probadas documentalmente las recomendaciones y subsiguiente difusión de tarifas fijadas, con vigencia anual, desde 1977 hasta 2011, y que las evidencias recabadas demuestran que, frente a lo alegado por la FEBT no se trataba de documentos que respondieran únicamente a una negociación de un acuerdo marco entre el colectivo de los transportistas y el de agencias de viajes.

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

1.- Caducidad del procedimiento sancionador porque el voto particular formulado por un consejero, fechado el día 14 de marzo de 2017, no se notificó a FEBT hasta el día 16 de marzo de 2017 y, por tanto, un día después a que finalizara el plazo de 18 meses para dictar y notificar la resolución sancionadora. A estos efectos argumenta que, dado que el voto particular y la Resolución forman un todo indisoluble, cabe entender que, en el momento de notificación, el Expediente había caducado y que, por tanto, la Resolución debe anularse.

2- Nulidad de pleno derecho de las Inspecciones realizadas el 23 de abril de 2014 simultáneamente en las sedes de FEBT, Transacobo, Transunión y Roig por un doble motivo (i) la Dirección de Competencia no tenía ningún indicio que le permitiera ordenar una inspección en el ámbito del transporte discrecional (la solicitud de clemencia de Autobuses Alcas se refería al transporte regular especial escolar), por lo que se ha vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio de la FEBT y (ii) durante la inspección, la Dirección de Competencia se extralimitó al recabar información distinta de aquella a la que le autorizaba la orden de investigación y su correspondiente autorización judicial.

Añade que la consecuencia de la nulidad de las órdenes de inspección es la nulidad de la prueba obtenida, quedando la Resolución huérfana de todo elemento probatorio y, por tanto, infringe el derecho a la tutela judicial efectiva de la FEBT en concreto, del derecho fundamental a la presunción de inocencia recogido en el artículo 24.2 de la Constitución, puesto que las pruebas utilizadas para acreditar la existencia de infracción de la normativa de competencia se recabaron de forma ilegal.

3- Vulneración de los derechos de defensa, parcialidad y denegación de prueba.

4- Vulneración del principio de presunción de inocencia en relación con la existencia del cartel del transporte escolar y con la colaboración de la FEBT en él.

5- La resolución infringe el artículo 1 LDC al declarar que la recomendación de tarifas es una infracción y, subsidiariamente, la infracción estaría prescrita.

7- Subsidiariamente, las sanciones impuestas por la CNMC son desproporcionada, pues no siguen los criterios exigidos, tanto por la normativa como por la jurisprudencia, para la fijación de sanciones en materia de competencia.

La Administración demandada se opone al recurso e interesa su desestimación.

CUARTO: Di cho lo anterior, examinaremos, a continuación, de forma separada cada una de las infracciones por las que ha sido sancionada la recurrente.



Pues bien, la Sala, a la vista de las alegaciones efectuadas por las empresas sancionadas en el mismo cártel, recurrentes en los PO 324/2017, 343/2017, 352/2017 y 362/2017, que cuestionaban la definición geográfica del mercado afectado, acordó oír a las partes para que en el plazo común de 10 días efectuaran las alegaciones que tuvieran por conveniente en relación con la definición del mercado geográfico constitutivo de la infracción única y continuada imputada por la CNMC en relación con el transporte escolar de viajeros en las Islas Baleares.

En respuesta a dicho traslado la parte recurrente ha alegado que el mercado geográfico de la prestación de servicios de transporte escolar es necesariamente más estrecho que el de las Islas Baleares. Refiere que los costes kilométricos representan un porcentaje muy elevado de los costes del transporte y que la combinación de precios particularmente bajos a los que se licitan los servicios de transporte escolar de viajeros y de costes kilométricos elevados hacen que las empresas transportistas sólo puedan obtener una rentabilidad mínima si llevan a cabo trayectos con destinos relativamente cercanos a donde tienen sus centros de operaciones o en los que tienen concedida también la adjudicación del transporte regular de viajeros de manera que pueden combinar la prestación de uno y otro servicio y recuerda que con el fin de probar en sede administrativa las condiciones anteriormente comentadas respecto de la prestación de servicios de transporte escolar, la FEBT encargó la elaboración de un informe pericial a D. Alfredo, que se adjuntó a la demanda como Documento 1 (el "Informe"). Añade que estas circunstancias determinan que las empresas transportistas suelen licitar -es decir, competir por- exclusivamente por los lotes que corresponden a sus zonas de influencia (o a zonas limítrofes), bien por la cercanía de su sede o porque tengan adjudicado el transporte regular general y que el solapamiento de las zonas de influencia no permite delimitar un mercado geográfico más amplio que el de la isla en la que se convoca la licitación, circunstancias que no fueran tenidas en cuenta por la Resolución ni a la hora de determinar (incorrectamente) el mercado geográfico como el de las Islas Baleares ni tampoco a la hora de considerar que estas circunstancias (y no un cártel entre las empresas) explica que solo una o dos empresas se presentaran a cada lote y que las bajas no sean significativas respecto de los precios máximos de la licitación.

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.

A la vista de las alegaciones de la parte recurrente, advertimos que mezcla dos conceptos que, aunque puedan tener una aparente relación, merecen una respuesta distinta. No podemos confundir la definición geográfica del mercado afectado por la resolución sancionadora, que afecta directamente 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. Dicho esto, 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.

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

Por mercado geográfico de referencia debemos entender aquella zona en la que las condiciones objetivas de competencia del producto de que se trata son homogéneas para todos los operadores. Esto no implica que las condiciones de competencia deban ser iguales en todo el mercado geográfico según haya sido definido; basta que las eventuales diferencias no sean susceptibles de obstaculizar el acceso a determinadas partes de ese mercado a las empresas que operan en las distintas áreas del mismo. Y no se puede confundir la definición geográfica del mercado afectado por la resolución sancionadora, que afecta directamente a la condición de competidores dentro de un cártel, con las particularidades geográficas de una determinada zona, en la que varios competidores optan, en función de unos determinados criterios, económicos, empresariales o estratégicos, por repartirse el mercado o prestar sus servicios, y si estas concretas circunstancias geográficas del territorio justifican el reparto entre competidores sin afectar la competencia.

Es el primero de los conceptos el que nos resulta relevante, y desde luego prioritario para la resolución de este litigio, puesto que la correcta o incorrecta configuración geográfica del mercado condiciona el ámbito y el perfil de los competidores dentro de ese mercado. Y, frente al criterio que mantiene el Abogado del Estado, la definición del mercado si es un elemento esencial en la determinación de la conducta anticompetitiva imputada en cuanto permite determinar cuál es el poder en el mercado con independencia de cuál sea la naturaleza de la infracción anticompetitiva imputada bien por el objeto, o bien por sus efectos.

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

En la propia definición, la CNMC incurre en contradicción puesto que extiende el área geográfica al territorio de la Comunidad Autónoma, cuando por el tipo de servicio que se presta, por islas, no puede configurar un mercado global en los contornos de ese ente autonómico cuando los servicios y los competidores están



circunscritos al marco territorial de cada isla. Difícilmente un transportista de la isla de Mallorca, como es el caso, puede competir en el mercado con otro de Menorca o Formentera cuando el aislamiento y circunscripción insular de cada territorio lo hace imposible; al menos, la resolución sancionadora no ha explicado ni motivado como puede incluirse en el mercado geográfico de las Illes Balears el servicio de transporte regular escolar prestado en cada una de las islas que forman las Illes Balears cuando las particularidades de la insularidad hacen inviable la competencia entre transportistas localizados en islas diferentes.

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

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

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

De lo dicho se desprende que la incorrecta definición del mercado geográfico en el que se proyecta la infracción única y continuada imputada a la recurrente, como colaborador necesario, 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.

SÉPTIMO: Examinaremos, a continuación, los motivos de impugnación opuestos por la parte recurrente en relación con la infracción consistente en la recomendación y difusión de las tarifas de las excursiones y traslados de transporte discrecional en la isla de Mallorca por la FEBT desde 1977 hasta 2011, prohibido por el artículo 1 de la Ley 110/1963, el artículo 1 de la Ley 16/1989 y el artículo 1 de la LDC, comenzando por el que denuncia la caducidad procedimiento sancionador.

Como ya hemos recogido, aduce la recurrente que la Resolución recurrida se adoptó el 9 de marzo de 2017 y se le notificó el 13 de marzo de 2017 y que el voto particular a la Resolución, fechado el día 14 de marzo de 2017, no se le notificó hasta el día 16 de marzo de 2017, y, por tanto, un día después a que finalizara el plazo de resolución. A estos efectos argumenta que en la medida en que el voto particular se notificó fuera del plazo para resolver y, dado que éste y la Resolución forman un todo indisoluble, cabe entender que, en el momento de notificación, el Expediente había caducado y que, por tanto, la Resolución debe anularse.

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

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

OCTAVO: Continuando con el examen de los motivos de impugnación, referidos a la segunda infracción imputada a la recurrente, se opone en la demanda la nulidad de pleno derecho de las Inspecciones realizadas el 23 de abril de 2014 simultáneamente en las sedes de FEBT, Transacobo, Transunión y Roig por un doble motivo: (i) la Dirección de Competencia no tenía ningún indicio que le permitiera ordenar una inspección en el ámbito del transporte discrecional (la solicitud de clemencia de Autobuses Alcas se refería al transporte

regular especial escolar) y , por consiguiente, se ha vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio de la FEBT y (ii) durante la inspección, la Dirección de Competencia se extralimitó al recabar información distinta de aquella a la que le autorizaba la orden de investigación y su correspondiente autorización judicial.

Añade que la consecuencia de la nulidad de las órdenes de inspección es la nulidad de la prueba obtenida, quedando la Resolución huérfana de todo elemento probatorio y, por tanto, infringe el derecho a la tutela judicial efectiva de la FEBT en concreto, del derecho fundamental a la presunción de inocencia recogido en el artículo 24.2 de la Constitución, puesto que las pruebas utilizadas para acreditar la existencia de infracción de la normativa de competencia se recabaron de forma ilegal.

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.

NOVENO: La FEBT rechaza que la conducta sancionada constituya una infracción del artículo 1 LDC. Expone que las tarifas de referencia eran el resultado de un acuerdo marco suscrito entre la Asociación Empresarial de Servicio Discrecional, de Viajeros de la FEBT, por una parte, y determinadas agencias de viajes representadas en AVIBA y que respondían a un acuerdo vertical entre los proveedores del servicio de transporte, por un lado, y sus clientes, por otro. Que las tarifas funcionaban como precios máximos que servían de referencia en las negociaciones individuales entre los transportistas y las agencias de viajes, permitiendo a estas hacer una estimación del coste máximo que le supondría contratar el transporte en las excursiones en la Isla de Mallorca. Que, con ello, las agencias de viaje podían elaborar y publicar sus ofertas a clientes al inicio de cada temporada. Añade que en el marco de la adopción de las tarifas de referencia para cada año, los transportistas agrupados en la Asociación de Discrecional intentaban que los incrementos de los costes del transporte se reflejaran en las tarifas que se acordaban con AVIBA pero que ello no significaba que esos incrementos se trasladaran a las tarifas, ni mucho menos que con posterioridad, en la negociación individual con las agencias, se respetaran (las tarifas operaban como precios máximos y las agencias de viaje tienen un fuerte poder de negociación) y que, en este contexto, el papel que la FEBT desempeñaba respecto de las mencionadas tarifas fue únicamente el de haber proporcionado servicios de apoyo a la Asociación de Discrecional en relación con la negociación de las tarifas con AVIBA y el de haber puesto el membrete a los documentos que reflejaban las tarifas finalmente acordadas entre los transportistas representados por la Asociación de Discrecional y las agencias de viajes representadas por AVIBA, y firmados por estos (y no por la FEBT), lo que no constituye una recomendación colectiva prohibida por el Derecho de la competencia tendente a homogeneizar el comportamiento de sus asociadas. En particular:

Defiende que:

- Las tarifas de referencia no constituyen un acuerdo entre las asociaciones federadas en la FEBT: son fruto de un acuerdo (vertical) entre una de ellas, la Asociación de Discrecional, y sus clientes, representados por la Agrupación Empresarial de Agencias de Viajes de Baleares (AVIBA), y ajenos a la Federación.

-Las tarifas no se adoptaban unilateralmente por la Asociación de Discrecional para homogeneizar el comportamiento de sus asociados en perjuicio de sus clientes (las agencias de viajes). Al contrario, las tarifas de referencia eran el resultado de un acuerdo marco con dichas agencias de viajes quienes, además, eran las principales beneficiarias en la medida en que les permitía hacer una estimación de costes y elaborar sus ofertas turísticas antes del comienzo de la temporada.

- Las tarifas de referencia no tenían ni siquiera la capacidad de homogeneizar el comportamiento de los miembros de la Asociación de Discrecional. Los transportistas debían negociar los precios de forma individualizada con cada una de las agencias que fueran a contratar sus servicios. Los transportistas, de hecho, debían acordar precios más bajos que las tarifas. De hecho, dada la capacidad negociadora de las agencias de viaje, en la práctica, ni siquiera los incrementos que los transportistas conseguían trasladar a las tarifas de



referencia cuando se producían subidas de los costes del transporte (gasolina, salarios, etc.), se aplicaban en la práctica en la posterior negociación de los transportistas con las agencias.

Pues bien, para dar respuesta a este motivo de impugnación, debemos precisar que la conducta que se imputa y por la que se sanciona a la Federación es la de recomendar y difundir, desde 1997 hasta la temporada 2010/2011 las tarifas adoptadas por la Asociación Empresarial del Servicio Discrecional de Viajeros de Baleares de la FEBT y la Agrupación Empresarial de Viajes de Baleares (AVIBA) y su incremento, en el transporte discrecional en la Isla de Mallorca, tarifas que aparecían recogidas en documentos formales con el membrete de la FEBT, firmados por la citada Asociación Empresarial de Servicio Discrecional de Viajeros de Baleares de la FEBT y AVIBA.

A estos efectos debemos recordar que la apreciación de si existe o no una recomendación colectiva prohibida es una cuestión eminentemente casuística, que exige apreciar en cada caso la conducta enjuiciada y comprobar si se emiten pautas de actuación tendentes a uniformar comportamientos de los destinatarios, en la que resulta determinante el contexto y las circunstancias concurrentes.

La jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el concepto de "recomendación colectiva" al que alude el artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, afirmando que este concepto se caracteriza por tratarse de acuerdos adoptados por entidades u operadores económicos dirigidos a homogeneizar o armonizar conductas de los destinatarios en detrimento de la independencia de comportamiento y de la libertad y autonomía de actuación.

A modo de ejemplo, cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2003 (RC 10.329/2001) se apreció la existencia de una recomendación colectiva en la actuación de una asociación de concesionarios de automóviles por quedar acreditado que las conductas imputadas consistían en una acción concertada tendente a eliminar la incertidumbre en el comportamiento de los individuales competidores, y se declaró que aun cuando los acuerdos adoptados no tuvieran el carácter de vinculantes, si tenían virtualidad para generar entre sus miembros una cierta disposición o comportamiento que permite apreciar una recomendación colectiva.

En la Sentencia de 1 de diciembre de 2010 (RC 2685/2008) se resolvió que la conducta de la Federación Gremial de Panadería y Pastelería de Valencia consistente en la indicación realizada tendente a fijar los precios de las piezas de pan era constitutiva de una recomendación colectiva, en cuanto sustituye la actuación independiente de los profesionales panaderos por una actuación colectiva que tiene como resultado la coordinación y unificación de las estrategias comerciales, limitando la competencia en el sector, no solo en los establecimientos participantes, sino también los de terceros, en perjuicio de los consumidores.

DÉCIMO: Dicho lo anterior, examinaremos si la prueba obrante en las actuaciones acreditada la comisión por la FEBT de una infracción del Art. 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, consistente en una recomendación en materia de precios.

Pues bien, consta en las actuaciones que los listados de las denominadas "tarifas de referencia" para los servicios de transporte discrecional en la isla de Mallorca, con vigencia anual, desde 1977 hasta 2011, en función de las distintas zonas geográficas y cuantificadas en precio venta al público y con detalle para cada tipo de servicio, y en algunos casos, con los correspondientes incrementos de tarifas para cada temporada, acordadas, como ya hemos referido por la Asociación Empresarial de Servicio Discrecional, de Viajeros de la FEBT por una parte, y determinadas agencias de viajes representadas en AVIBA, fueron plasmadas y recogidas en documentos con el membrete de la FEBT (Tarifas de referencia de las temporadas de 1977 (folios 1460 a 1462), de 1978 (folios 1452 a 1459), 1979/1980 (folios 1443 a 1451), 1980/1981 (folios 1434 a 1442), 1981/1982 (folios 1426 a 1433), 1982/1983 (folios 1418 a 1425), 1983/1984 (folios 1408 a 1417), Tarifas de referencia de carga y descarga de equipajes de 12 de agosto de 1982, (folio 1407), de las temporadas 1985/1986 (folios 1398 a 1406), 1986/1987 (folios 1388 a 1323), 1987/1988 (folios 1380 a 1387), 1988/1989 (folios 1370 a 1379), 1989/1990 (folios 1352 a 1369), 1990/1991 (folios 1332 a 1351), 1991/1992 (folios 1312 a 1323), Comunicación de la FEBT de 19 de marzo de 1991 sobre "acuerdo con AVIBA" (folio 1328) y temporada 1993/1994 (folios 1302 a 1311), recabadas en la inspección de la FEBT; de la temporada 1993/1994, recabada en las inspecciones de la FEBT (folios 1292 a 1301) y ROIG BUS (folios 1554 a 1564); de las temporadas 1994/1995 (folios 1283 a 1291), 1995/1996 (folios 1264, 1274 a 1282), 1996/1997 (folios 1265 a 1273), 1997/1998 (folios 1255 a 1273), 1998/1999 (folios 1245 a 1254), 1999/2000 (folios 1235 a 1244), 2000/2001 (folios 1227 a 1233) y "Acuerdo Marco de Incrementos en las tarifas del transporte terrestre para excursiones y traslados entre la FEBT (Agrupación Discrecional) y AVIBA" de 2 de noviembre de 1999, recabados en la inspección de la FEBT (folios 1234 y 1590); de la temporada 2002/2003, recabada en las inspecciones de la FEBT (folios 1220 a 1226) y ROIG BUS (folios 1547 a 1552); de las temporadas 2003/2004 (folios 1214 a 1219), 2004/2005 (folios 1207 a 1213), 2005/2006 (folios 1200 a 1206) y 2006/2007 (folios 1193 a 1199),

recabadas en la inspección de la FEBT; de la temporada 2008/2009, recabada en las inspecciones de la FEBT (folios 1129 a 1135, 1185 a 1189) y ROIG BUS (folios 1579 a 1585) y de la temporada 2010/2011 (folios 1123 a 1128) y correos electrónicos de 3 de febrero de 2011 (folio 1183) y 20 de febrero de 2013 (folios 6104 y 6105), recabados en la inspección de la FEBT).

Centrándonos en la conducta de recomendación y difusión de las tan citadas tarifas, obra en el expediente la Comunicación de la Federación recurrente de fecha de 19 de marzo de 1991, que acompañaba a las Tarifas de Referencia de la temporada 1991/1992, folio 1328) con el siguiente contenido:

"Apreciado compañero:

Tras varias reuniones y vicisitudes, hemos logrado llegar a un acuerdo de precios con A.V.I.B.A. El aumento que hemos conseguido sólo es del 11 %, que, aunque no es suficiente por lo menos si digno.

Observarás que hay dos tarifas en los precios de excursiones, una basada en el aumento sobre la tarifa acordada y firmada para /el año 90 y otra más barata basada en el 11 % sobre la tarifa / de A.V.I.B.A, del citado año 90.

La forma de aplicación es muy sencilla, si el cliente ha calculado el precio de venta al público en una tarifa, nosotros debemos de aplicar la misma que ha usado para la obtención de su precio.

Por todo lo cual ya sabes que dichas tarifas se hallan a tu disposición en nuestra Federación".

Aparece también el acta de la reunión celebrada el 11 de febrero de 2005 de la Junta Directiva de la Agrupación Empresarial del Servicio Discrecional de Viajeros de Baleares de la FEBT, a la que asisten el Presidente, el Vicepresidente y el Secretario de dicha Asociación, el Gerente de la FEBT y directivos de las empresas ROIG BUS, ULTRAMAR, AUTOCARES PUJOL PALMER y EMILIO SECO AUTOCARES, en la que se acordó el incremento del 7% de las tarifas recomendadas para 2005, que sería comunicado a AVIBA en una reunión convocada para el 14 de febrero en la sede de la FEBT, reunión de la que da cuenta el Acta de 11 de marzo de 2005 de la Junta Directiva de la Agrupación Empresarial del Servicio Discrecional de Viajeros de Baleares de la FEBT, a la que asisten su Presidente, Vicepresidente y Secretario, el Gerente de la FEBT y directivos de ROIG BUS, ULTRAMAR, AUTOCARES LEVANTE, TRANSACOBOS Y AUTOCARES BAHÍA SA., manifestando un desacuerdo con AVIBA respecto del incremento de tarifas recomendado para la temporada 2005 (folios 1163 a 1165 expte).

Está documentada la reunión celebrada el 2 de diciembre de 2005 de la Asamblea General de la Agrupación del Servicio Discrecional de Viajeros de Baleares de la FEBT, reunida en la sede de la FEBT, a la que asistieron el Presidente, Vicepresidente y Secretario de dicha Asociación, el Gerente de la FEBT y directivos de las empresas AUTOCARES ESTELRICH, S.L., AUTOCARES NORTE, AUTOBUSES MAHÓN, S.A., TORRES ALLES AUTOCARES, TRANSACOBOS, AUTOCARES GONZALEZ ORTIZ, S.L., BOHIGAS CARS, S.L., TRANSUNIÓN, AUTOCARES MARQUES, S.A., AUTOCARES PUJOL PALMER, ROIG BUS, AUTOCARES ARBOTOUR, AUTOCARES HAMS CARS, S.A., (AUTOCARES) PEDRO POU FIOL, S.A., Octavio, GUILLERMO SALOM, S.L. (ahora JOSE CANOVAS AUTOCARES), IBIZATOURS, AUTOCARES PUERTO POLLENSA, AUTOCARES LEVANTE, AUTOCARES LIDER, S.L., TRAPSA, S.A., ULTRAMAR, AUTOCARES ALORDA, AUTOCARES R. NADAL, AUTOCARES CAÑELLAS, S.L. y AUTOCARES CALDENTY, en la que se hace referencia a las reuniones mantenidas con AVIBA para subir las tarifas de referencia a aplicar a partir del 1 de enero de 2006, calculando un aumento como mínimo del 10%, donde además se destacó la unanimidad en la decisión por parte de todos los asistentes (folios 6148 a 6151 y 1160 a 1162 expte).

Hay también constancia de un correo electrónico de 19 de junio de 2008 (Folio 1154) en relación con las tarifas de referencia para la temporada 2008 del Administración FEBT para: 'AUTOCARES ARBOTOUR, S.L.'; 'AUTOCARES BAHIA, S.A.'; 'AUTOCARES COMAS, S.A.'; 'AUTOCARES CRESPO SALAZAR, S.L.'; 'AUTOCARES DRUSO, S.L.'; 'AUTOCARES GONZALEZ ORTIZ, S.L.'; 'AUTOCARES HAMS CARS, S.A.'; 'AUTOCARES J. CALDENTY, S.L.'; 'AUTOCARES LEVANTE, S.A.'; 'AUTOCARES LLULL, S.L.'; 'AUTOCARES MARQUES, S.A.'; 'AUTOCARES FTO.POLLENSA, S.L.'; 'AUTOCARES PUJOL PALMER, S.A.'; 'AUTOCARES ROCA, S.L.'; 'AUTOCARES ALORDA, S.L.'; 'AUTOS GALITRANS MALLORCA, S.L.'; 'AUTOS VICENS, S.A.'; 'BARCARES BUS, S.L.'; 'BURGUERA BUS, S.L.'; 'EMPRES.MUNICIPAL TTES. URBANS'; 'GARFRA, S.A.'; 'INSULAR CAR, S.A.'; 'ISLA BUS, S.L.'; 'J.M.FUTURTRANS, S.L.', Simón; 'JOSE CANOVAS AUTOCARES, S.L.'; 'JUNIOR BUS, SL.'; 'NADAL VICH, RAFAEL'; 'PEDRO POU FIOL, S.A.'; 'ROIG BUS, S.A.'; 'SECO RODRIGUEZ, EMILIO'; 'TRANSACOBOS, S.L.'; 'TRANSFER CAR PALMA, S.L.'; 'TRANSPORTS RAFEL SERVERA, S L.'; 'TRANSUNION MALLORCA, S.L.'; 'TRANSUNION MIGUEL FLORIT'; 'TRANSUNION TONI OLIVER'; 'TRAP, S.A.'; 'ULTRAMAR EXPRESS TRANSPORT, S.A, con el siguiente tenor literal:

"Apreciado/a asociado/a:

En la Asamblea General de la Agrupación Empresarial del Servicio Discrecional de Viajeros de Baleares celebrada el 18/06/08 se acordó remitir un escrito a las Agencias y Tour Operadores reclamando un incremento del 10 o

15%, sobre las tarifas que cada empresa tiene concertados con ellos. Dicho escrito lo suscribirá y remitirá la FEBT, por tanto, le ruego que a la mayor brevedad posible nos faciliten los contactos de sus clientes (...)"

Obra también en las actuaciones otro correo de 3 de febrero de 2011 remitido por el Gerente de la FEBT al Presidente de la Comisión de Excursiones y Transportes de AVIBA, (FOLIO 1183) del siguiente tenor literal:

" Con relación a las tarifas de referencia para el ejercicio 2011, le informamos de los acuerdos adoptados en la reunión de Junta Directiva de la Agrupación Empresarial del Servicio Discrecional de Viajeros de Baleares:

No cabe modificar los precios que actualmente están en vigor y que corresponden a 2010, ya que los mismos no se aplican y, por tanto, un incremento es ficticio sobre la realidad.

No obstante, los transportistas sufren un incremento de costes de explotación muy importantes debido al precio del combustible y personal, según los datos del INE, el IPC del transporte, periodo diciembre 2009-2020 ha sido del 9,2%, incremento que debería aplicarse a las tarifas de referencia, no llevándose a efecto ya que no tendría ninguna consecuencia real en su aplicación".

Así las cosas, la prueba expuesta acredita que la Federación recurrente, además de plasmar las citadas tarifas en documentos con su membrete, que fueron hallados en su sede en la inspección realizada, recomendó y difundió, las tarifas adoptadas por la Asociación Empresarial del Servicio Discrecional de Viajeros de Baleares de la FEBT y la Agrupación Empresarial de Viajes de Baleares (AVIBA) y/o su incremento, en el transporte discrecional en la Isla de Mallorca, lo que integra, a juicio de la Sala, una infracción del Art. 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, consistente en una recomendación en materia de precios por cuanto que nos encontramos ante una conducta dirigida a homogeneizar o armonizar el comportamiento de los transportistas a la hora de negociar con las Agencias de Viajes los precios de sus servicios de forma individualizada, en detrimento de la independencia de comportamiento y de la libertad y autonomía de actuación que debía presidir dicha negociación, sin que podamos asumir la explicación dada por la FEBT en su demanda. No alcanza la Sala a comprender otras razones por las que la Federación plasmó en documentos propios y guardó en su sede las tarifas acordadas por terceros distinta de la de ponerlas a disposición de las empresas transportistas federadas, como resulta de la prueba examinada.

UNDECIMO: Subsidiariamente, aduce la recurrente que, en cualquier caso, de considerarse, *quod non*, que la recomendación de tarifas infringe el artículo 1 de Ley 16/1989 o 1 LDC, la infracción estaría prescrita porque el Expediente no contiene prácticamente documentación que acredite que FEBT recomendó o difundió las tarifas de referencia y que, a los efectos que aquí interesan, desde finales de 2008, fecha de los últimos correos que acreditarían que la FEBT difundió y recomendó las tarifas, habrían transcurrido más de cuatro años hasta que tuvo lugar el primer acto de la Administración que pudo interrumpir el plazo de prescripción (las inspecciones en FEBT, el 23 abril de 2014) , sin que exista existe nexo lógico que permita conexas el hecho base (la existencia de acuerdos entre la Asociación de Discrecional y AVIBA) con la recomendación o difusión por parte de FEBT de las tarifas acordadas .

Añade que, además, incluso en el caso de que se considerase que la lista de tarifas de 2010/2011 con el membrete de la FEBT prueba por sí misma la recomendación y difusión de esas tarifas, la conducta consistente en aplicar las tarifas recomendadas estaría igualmente prescrita en la medida en que las tarifas dejaron de aplicarse a partir de 31 de marzo de 2010. A estos efectos recuerda que la jurisprudencia ha establecido que en los casos en los que la práctica prohibida consiste no en la suscripción de un mero acuerdo, sino en su ejecución prolongada durante el tiempo, el *dies a quo* del cómputo de la prescripción habrá de situarse en el momento en que cese la práctica prohibida (por todas, STS de 14 de febrero de 2007). Y que, en consecuencia, en el caso examinado, dado que el *dies a quo* tuvo que ser anterior a 31 de marzo de 2010, las inspecciones de 23 de marzo de 2014 se habrían producido transcurrido el plazo de cuatro años previsto tanto en la Ley 16/1989 como en la LDC. Alega la recurrente con carácter subsidiario la prescripción de la infracción.

De nuevo debemos puntualizar que no se sanciona a la FEBT por "aplicar" las tarifas recomendadas, acordadas por la Asociación Empresarial de Servicio Discrecional, de Viajeros de la FEBT, por una parte, y determinadas agencias de viajes representadas en AVIBA, sino su difusión y recomendación.

Dicho lo anterior, constando acreditada la remisión por la FBTE del correo electrónico de 3 de febrero de 2011 al que nos hemos referido en el anterior Fundamento de Derecho, debemos convenir con la resolución recurrida en que la conducta sancionada no ha prescrito por cuanto que la inspección en la sede de la FEBT tuvo lugar el 23 de abril de 2014, interrumpiendo el plazo de prescripción de 4 años.

DÉCIMOSEGUNDO: Por último, también, con carácter subsidiario, opone la Federación recurrente, que las sanciones impuestas vulneran el principio de proporcionalidad porque no sigue los criterios exigidos, tanto por la normativa como por la jurisprudencia, para la fijación de sanciones en materia de competencia entre ellos, los efectos que la conducta que se pretende sancionar haya tenido en el mercado.



Por lo que se refiere a la sanción impuesta en relación con la recomendación colectiva de precios en el transporte discrecional, manifiesta que la sanción resulta desproporcionada toda vez que la actuación de la FEBT sólo habría ido dirigida a una asociación del total de 14 que forman parte de la federación.

Centrándonos exclusivamente en la sanción impuesta por la infracción consistente en la recomendación de precios, la resolución motiva la sanción impuesta señalando que:

"Se trata de una infracción única y continuada muy grave que ha consistido en 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 en la isla de Mallorca, durante los años 1977 a 2011. 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.

Constituye, por tanto, una infracción muy grave que, según el artículo 10 de la Ley 16/1989, podrá ser sancionada con una multa de hasta 901.518,16 euros. Para fijar la sanción a la FEBT deberán tenerse en cuenta los criterios previstos en esa norma.

El mercado afectado por la infracción, tal y como se ha señalado, es el mercado de transporte discrecional en la isla de Mallorca, por lo que se trata de un ámbito geográfico limitado.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que, como se ha indicado, en la Comunidad Autónoma de las Illes Balears hay 108 empresas dedicadas al servicio público y 16 al privado, y la mayoría de estas empresas están asociadas a alguna de las 18 asociaciones que integran la FEBT, por lo que el alcance de las recomendaciones es potencialmente muy elevado.

Aunque las tarifas recomendadas por la FEBT no tenían carácter directamente vinculante, tenían virtualidad para generar entre los asociados un determinado comportamiento, limitando la competencia en el sector (destinatarios de la recomendación y terceros agentes tales como operadores turísticos, agencias de viajes, hoteles, etc.) en perjuicio de los consumidores.

Por último, es necesario tener en cuenta la prolongada duración de la conducta, que continuó a lo largo de 35 años.

Una vez considerados el conjunto de factores expuestos anteriormente, esta Sala considera que es adecuado imponer a la FEBT una multa de 20.000 euros por la segunda infracción acreditada".

Así las cosas, no compartimos las alegaciones de la recurrente por cuanto la sanción impuesta por importe de 20.000 euros resulta proporcionadas a la vista de las circunstancias tenidas en cuenta por la resolución sancionadora para su cuantificación, que no han sido desvirtuadas de contrario, sin que por parte de la recurrente se haya señalado que la sanción reputaría proporcionada.

Para terminar cabe manifestar que nos encontramos ante una infracción por el objeto por lo que resulta indiferente el efecto que haya ocasionado en el mercado.

DECIMOTERCERO: 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 como colaborador necesario 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

Que estimando en parte el recurso interpuesto por el Procurador D. Antonio Ortega Fuentes, en nombre de la **FEDERACIÓN EMPRESARIAL BALEAR DE TRANSPORTES**. (en adelante, "FEBT"), 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 como colaborador necesario 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ