



Roj: **SAN 2116/2022 - ECLI:ES:AN:2022:2116**

Id Cendoj: **28079230062022100237**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **05/05/2022**

Nº de Recurso: **275/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000275 /2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02266/2017

Demandante: Herederos de Francisco Vilás, S.A

Procurador: D^a ROSA SORRIBES CALLE

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. RAMÓN CASTILLO BADAL

SENTENCIA N^o:

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 el presente recurso contencioso-administrativo núm. 275/17 promovido por la Procuradora D^a. Rosa Sorribes Calle en nombre y representación de **Herederos de Francisco Vilás, S.A**, contra la resolución de 9 de marzo de 2017, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 150.822 euros. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el



que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dictase sentencia por la que "... declarar la nulidad o, subsidiariamente, la anulabilidad de la Resolución de fecha 9 de marzo de 2017 del Consejo de la CNMC, dictada en el marco del expediente número NUM000, Transporte Balear de Viajeros, por la que se impone a Herederos Fco. Vilás una sanción por importe de ciento cincuenta mil ochocientos veintidós euros (150.822 €), o, subsidiariamente en el supuesto que ello no se estime, dicte Sentencia reduciendo sustancialmente la sanción impuesta a Herederos Fco. Vilás en los términos expuestos a lo largo del presente escrito".

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contestó la demanda mediante escrito en el que suplicó se dictase sentencia por la que se confirmase el acto recurrido en todos sus extremos.

TERCERO.- Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 16 de febrero de 2022, en que tuvo lugar. Prolongándose la deliberación a posteriores.

CUARTO.- Me diante providencia de 11 de marzo de 2022, al amparo del art. 33.2 LJCA se acordó oír a las partes por plazo común de 10 días para que hicieran alegaciones sobre 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, habiendo presentado alegaciones la parte recurrente.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. **Ramón Castillo Badal**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A través de este proceso impugna la entidad actora la resolución dictada con fecha 9 de marzo de 2017 por el Consejo de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente NUM000, *Transporte Balear de Viajeros* cuya parte dispositiva era del siguiente tenor literal:

"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 dicha infracción a las siguientes empresas y personas físicas:

28. HEREDEROS DE FRANCISCO VILAS, S.A., por su participación en una infracción única y continuada constitutiva del cártel del transporte escolar en las Illes Balears al menos desde 2005, estando aún vigentes los efectos de dicho cártel, pues los contratos derivados de la licitación de 2013 se mantienen hasta el curso escolar 2016/2017.

TERCERO.- Imponer a las autoras responsables de las conductas infractoras las siguientes multas:

26.HEREDEROS DE FRANCISCO VILAS, S.A., 150.822 euros,

(...)"

Como antecedentes de dicha resolución pueden destacarse los siguientes:

1) El 23 diciembre de 2013, la Dirección de Competencia 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. Esta solicitud de clemencia fue completada el 27 de marzo de 2014.

2) El 22 de abril de 2014, la Dirección de Competencia concedió la exención condicional a AUTOCARES ALCAS, S.L.

3) El 23 de abril de 2014 la Dirección de Competencia 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).

4) El 26 de agosto de 2015, la Dirección de Competencia adoptó y notificó el acuerdo de incoación del presente expediente sancionador contra la FEBT y las empresas AUTOBUSES SAN ANTONIO, S.A., AUTOCARES ALCAS, S.L., AUTOCARES ALORDA, S.L., AUTOCARES CALDENTY, S.L., AUTOCARES LEVANTE, S.L., AUTOCARES NORTE, S.A., AUTOCARES PUJOL PALMER, S.A., AUTOCARES RAFAEL NADAL, S.L., AUTOCARES ROCA, S.L., IBIZATOURS & ISLANDBUS, S.L., JOSE CANOVAS AUTOCARES, S.L. (JOSE CANOVAS AUTOCARES), TRANSACOBO, S.L., TRANSUNIÓN MALLORCA, S.L., ROIG BUS, S.A., ULTRAMAR y D. Leopoldo (empresario autónomo que opera con el nombre comercial AUTOCARES EMILIO SECO), por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la Ley 16/1989 y el artículo 1 de la LDC.

5) Con fecha 11 de julio de 2016 la DC amplió el acuerdo de incoación contra las empresas AUTOCARES ARBOTOUR, S.L., AUTOCARES ADROVER, S.L., AUTOCARES ESTELRICH, S.L. AUTOCARES GARFRA, S.A., AUTOCARES LLULL, S.L., AUTOCARES LUCAS COSTA, S.A., AUTOCARES MALLORCA, S.L., AUTOCARES PAYA, S.L., AUTOCARES PUERTO POLLENSA, S.L. AUTOCARES VIDAL, S.L., AUTOS VICENS, S.A., AUTOLÍNEAS MALLORCA, S.L., BOHIGAS CARS, S.L. BUS NORT BALEAR, S.L., COMERCIAL I TRANSPORTS LLORET VISTALEGRE, S.L., CLASS LABOUR, S.L., HEREDEROS DE FCO VILAS, S.A., IRUBUS, S.A.U., J.M.FUTURTRANS,S.L., M.M.ROMERÍAS, S.L., TMSA TRANSPORTE REGULAR, S.L., TORRES ALLES AUTOCARES, S.L., VIAJES SAN FRANCISCO, S.A. y VORAMAR EL GAUCHO, S.L.

6) El 21 de julio de 2016 la DC adoptó y notificó el Pliego de Concreción de Hechos.

El 31 de agosto de 2016 se remitieron requerimientos de información sobre su volumen de negocio a las entidades incoadas.

7) el 16 de septiembre de 2016 la DC acordó el cierre de la fase de instrucción del expediente, siendo notificado a los interesados en este expediente.

8) Tras la adopción el 22 de septiembre de 2016, de la Propuesta de Resolución, el 14 de octubre de 2016 fue elevado a la Sala de Competencia el Informe Propuesta de la DC junto con el expediente.

9) Con fecha 2 de febrero de 2017, la Sala de Competencia de la CNMC acordó requerimiento de información del volumen de negocios total en 2016 de las entidades incoadas, lo que supuso la suspensión del plazo máximo para resolver el expediente, por el plazo de quince días concedido para aportar la información requerida, desde su notificación a las interesadas.

Habiéndose recibido respuestas al requerimiento de información precitado y habiendo transcurrido el plazo máximo otorgado al efecto, por Acuerdo de 24 de febrero de 2017 y con efectos de la misma fecha, la Sala resolvió levantar la suspensión del cómputo del plazo máximo para resolver el expediente de referencia, notificándolo a las partes.

10) Aportada la referida información, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló en su reunión de 9 de marzo de 2017 la resolución contra la que se dirige el recurso contencioso administrativo que dio origen al presente proceso.

SEGUNDO.- La resolución impugnada, cuando aborda la cuestión relativa a las partes intervinientes, describe a HEREDEROS DE FRANCISCO VILAS, S.A. (HEREDEROS DE FCO. VILAS) indicando que tiene su domicilio social en Santa Eulalia del Río (Ibiza). El último importe de la cifra de negocios de HEREDEROS DE FCO. VILAS, según el Registro Mercantil, fue en 2012 de 2.945.388,12 €91. En 2014 HEREDEROS DE FCO. VILAS facturó 549.019,15€ por el transporte escolar en Ibiza. Está asociada a la Asociación Pituisa de Empresas del Servicio Regular de Viajeros, perteneciente a la FEBT93. HEREDEROS DE FCO. VILAS fue adquirida el 20 de enero de 2015 por las sociedades Jofrate 3, S.L. (99,5%) y Mas Curro, S.L.U. (0,05%). Jofrate 3, S.L. es la cabecera del grupo Jofrate, que forma parte del grupo de sociedades de la mercantil Norte de Inversiones, S.L.

TERCERO.- A continuación, la resolución recurrida incorpora un relato de hechos probados que resulta de la información aportada por la empresa solicitante de exención, AUTOCARES ALCAS, S.L., la recabada en



las inspecciones llevadas a cabo 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.

Según expone la resolución recurrida 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, entre ellas, HEREDEROS DE FRANCISCO VILAS 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.

CUARTO.- En su demanda, el recurrente denuncia, en síntesis, que la solicitud de clemencia se refería al transporte escolar (un segmento, del transporte regular de uso especial), mientras que el objeto de las órdenes de inspección era el transporte discrecional.

Entiende por ello que las inspecciones fueron ilícitas, por cuanto se fundaron en órdenes de inspección que, fueron redactadas incorrectamente, delimitando un objeto y alcance que nada tenía que ver con los indicios aportados por el solicitante de clemencia.

En segundo lugar, la caducidad del procedimiento sancionador porque la solicitud de clemencia se presentó el 23 de diciembre de 2013, la CNMC realizó inspecciones el 23 de abril de 2014, pero no practicó requerimientos de información hasta transcurrido un año y no incoó el expediente sancionador hasta el 26 de agosto de 2015 esto es, un año y ocho meses después de la solicitud de clemencia.

También, se produjo la caducidad al suspender el cómputo del plazo para resolver simplemente para evacuar un trámite ordinario y presente en todos los procedimientos de competencia, como es el de la solicitud del volumen de negocios de las expedientadas en el ejercicio anterior al de la imposición de la multa. Esa solicitud de información debe estar prevista necesariamente dentro de los dieciocho meses que prevé la LDC para la resolución del procedimiento.

En tercer lugar, denuncia la vulneración de derechos fundamentales, en concreto de los arts 14 y 24 CE pues es manifiestamente imposible que la Dirección de Competencia tuviera debidamente en cuenta las alegaciones formuladas al PCH (rondando los 6.000 folios entre el PCH y la Propuesta de Resolución) y se limitó a rebatir solo algunas de ellas en bloque, mecánica e infundadamente en la Propuesta de Resolución.

Denuncia la falta de pruebas o indicios en el expediente que puedan fundamentar la imputación y sanción por una infracción del derecho de la competencia. De hecho, la solicitud de clemencia no la menciona y en relación con la licitación de 2005, el único indicio que se utiliza en su contra es una delegación de voto en una reunión asociativa, de la que no recibió acta alguna y sin que exista evidencia alguna posterior de concertación. Tampoco la CNMC afirma que tuviera conocimiento de cuanto allí se acordó.

Finalmente, denuncia la falta de motivación y desproporción de la sanción impuesta.

QUINTO.- No obstante la alteración del análisis de los motivos impugnatorios alegados frente a la resolución recurrida y una vez salvado el requisito de la congruencia de la sentencia con el traslado efectuado a las partes mediante la providencia de 11 de marzo de 2022, debemos comenzar con el examen de la definición del mercado geográfico afectado que hace la resolución recurrida.

Dice la actora que la resolución recurrida a partir de los indicios incluidos en su propio texto) debería haber considerado que el mercado geográfico afectado por las prácticas sería el de cada una de las islas o agrupaciones que componen las Illes Balears: Mallorca, Menorca e Islas Pitiusas (Ibiza y Formentera) porque tanto en las licitaciones del transporte escolar de 2005 como en las de 2013, la propia Consejería de Educación de Illes Balears fragmentó los contratos en zonas, atendiendo a las características propias de cada una de ellas.

El criterio seguido para la división en varios sectores fueron los municipios de cada una de las islas, manteniéndose las mancomunidades de la isla de Mallorca y configurándose el resto de sectores en base a las zonas de adscripciones de los centros y, dependiendo del número de rutas necesarias, se unieron diversos municipios dentro de un mismo sector, o bien, como en el caso de algunos municipios más grandes, se individualizaron.

A la hora de referirse a las zonas en las que se dividieron las licitaciones

en 2013, también se recoge la existencia de divisiones en zonas, a partir de las divisiones geográficas correspondientes a Mallorca, Ibiza-Formentera y Menorca (páginas 66 y 67 de la Resolución Recurrída).

Por ello, dice la actora, la CNMC, en el momento de delimitar el mercado

afectado por las prácticas, era conocedora de que las necesidades de transporte escolar no son uniformes en todo el territorio de las Illes Balears. Aun así, la resolución recurrída define el mercado geográfico afectado por la práctica como todo el territorio de la Comunidad Autónoma.

Tampoco tiene en cuenta el hecho particular insular porque a las empresas no les interesa presentar ofertas por lotes que le supongan desplazar sus autocares a centros que no se encuentren cerca de su base.

En particular, los autobuses utilizados para transporte escolar son empleados para este uso en franjas horarias muy limitadas por lo que el resto del día suelen destinarse a otros tipos de transporte (transporte turístico o empresarial) para rentabilizar el activo durante el máximo tiempo posible. Los operadores solo pueden optar a licitaciones públicas en las que puedan rentabilizar al máximo sus autobuses coordinando diversos servicios que, necesariamente, deben ser geográficamente próximos.

La insularidad genera una importante barrera de entrada para operadores de servicios de transporte de viajeros situados en otras islas. Así lo reconoce la propia la resolución recurrída al afirmar "las razones por las que se dividió la licitación de 2005 en 19 sectores geográficos vinieron determinadas por las características geográficas del archipiélago balear".

Concluye la actora que una definición de mercado más estrecha y limitada hubiera permitido a la CNMC valorar los hechos y las justificaciones alternativas esgrimidas, como son: (i) que los precios ofertados en las licitaciones sean cercanos al precio de licitación por la escasa rentabilidad del servicio que debe complementarse con otros transportes compatibles con el transporte escolar tanto a nivel horario, como a nivel geográfico y (ii) que un transportista no esté interesado en presentar ofertas por lotes que le supongan desplazar sus autocares a centros que no se encuentren cerca de su base y menos aún cuando se trate de centros situados en islas distintas a aquella en la que se opera.

SEXTO.- Conviene en todo caso precisar, a la vista de las alegaciones de la actora que una cosa es la definición geográfica del mercado afectado por la resolución sancionadora, que afecta directamente sobre la condición de competidores dentro de un cártel y otra 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 resulta relevante 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.

Para responder a esta cuestión resultan determinantes dos aspectos. En primer lugar, como ha definido el mercado geográfico la resolución sancionadora, y después, cuál es el concreto ámbito de actuación de la recurrente como competidor en el mercado.

En cuanto al primero, cuando la resolución se refiere al mercado afectado lo condiciona al proceso de licitación, y dice «[P]or 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. [...]». Tras una breve referencia a determinados cambios legislativos en el régimen de contratación pública puntualiza que «[e]l 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 [...]».

Por lo que se refiere a la actividad de la recurrente, la entidad HEREDEROS DE FRANCISCO VILAS, S.A. tiene su domicilio social en Santa Eulalia del Río (Ibiza).

En 2014 HEREDEROS DE FCO. VILAS facturó 549.019,15€ por el transporte escolar en Ibiza. Está asociada a la Asociación Pituisa de Empresas del Servicio Regular de Viajeros, perteneciente a la FEBT.

SÉPTIMO.- A la relevancia del mercado se ha referido entre otras la STUE de 30 de enero de 2020, asunto C-307/18, que dice «[L]a 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).

[...]» (128), e implica que en el mercado de referencia «[p]ueda 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). [...]» (129).

Ya se destacaba la importancia de la definición del mercado 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 «[d]eterminar y definir los límites de la competencia entre empresas [...]», lo que «[t]iene con frecuencia una influencia decisiva en la valoración de un caso de competencia. [...]».

Recordaba la sección 6 del formulario A/B relativo al Reglamento nº 17 y a 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 «[l]a 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.

Jurisprudencialmente, la STJ de 1 de julio de 2008, C-49/07, definió el mercado geográfico «[c]omo 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). [...]» (34)

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 «[a]nálisis 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 «[b]arreras y costes asociados a los desvíos de pedidos hacia empresas localizadas en otras zonas. La ausencia de compras o flujos comerciales transfronterizos, por ejemplo, no significa necesariamente que el mercado tiene una dimensión puramente nacional. Ha de determinarse si existen barreras que aislen el mercado nacional antes de concluir que el mercado geográfico de referencia en tal caso es nacional. [...]».

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

Tampoco podemos olvidar la relevancia que la determinación del mercado geográfico tiene de cara a la sanción. Nos recuerdan las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del apartado 2 del artículo 15 del Reglamento n.º 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. [...]».

OCTAVO.- Realizadas las anteriores consideraciones, dispone el artículo 62.4 de la LDC 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 [...]». Añade la disposición adicional cuarta punto 2 de esta misma Ley 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. [...]».

De ambos preceptos se deduce, que para apreciar la existencia de una infracción de competencia cometida a través de un cártel que tenga como actividad ilícita el reparto de mercado, se requieren dos presupuestos ineludibles, el de competidor y el de mercado.

Se requiere por ello la previa y correcta definición del mercado en ambas dimensiones, de producto y geográfico, pues es determinante de 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, Adriatica di Navigazione SpA c. Comisión señalaba que «[u]n error en la atribución de responsabilidades puede tener origen en una definición insuficiente y confusa del mercado de referencia [...]» (36).

Por esa razón, el análisis del mercado debe hacerse de manera pormenorizada y en cada caso concreto. En el presente caso, la resolución recurrida define 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 2004/2005 y 2013, y precisa que «[e]l 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. [...]».

En la propia definición, la CNMC incurre en una contradicción puesto que extiende el área geográfica a 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 estas circunscritos al marco territorial de cada Isla. Difícilmente un transportista de la Isla de Mallorca puede competir en el mercado con otro de Menorca o Formentera cuando el aislamiento y circunscripción de cada territorio lo hace imposible; al menos la resolución sancionadora no hace el más mínimo esfuerzo para explicarlo o motivarlo. 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 «[e]l 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. [...]», concluyó que el mercado geográfico se limitaba a la isla de Gran Canaria.

La realidad insular de Baleares hace que las empresas de transporte de las diferentes islas no sean competidoras entre sí puesto que su mercado geográfico es distinto, es por isla 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 al definir el mercado geográfico 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 por las prácticas investigadas a los efectos de la competencia.



De los anteriores fundamentos se desprende que el recurso debe ser íntegramente estimado, puesto que la incorrecta definición del mercado geográfico en el que se proyecta el cártel hace inviable la sanción impuesta, sin necesidad de analizar el resto de los motivos invocados en el escrito de demanda.

NOVENO.- Dada la estimación del recurso, las costas de habrán de ser satisfechas por la Administración demandada en aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

1.- Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora D^a. Rosa Sorribes Calle en nombre y representación de Herederos de **Francisco Vilás, S.A.**, contra la resolución de 9 de marzo de 2017, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 150.822 euros.

2.- Anular la referida resolución en cuanto a la sanción impuesta a la entidad recurrente, por no ser en este extremo ajustada a Derecho.

Con expresa imposición de las costas a la Administración demandada.

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

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.