



Roj: **SAN 2090/2022 - ECLI:ES:AN:2022:2090**

Id Cendoj: **28079230062022100224**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **09/05/2022**

Nº de Recurso: **290/2017**

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: 0000290 /2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 2377/2017

Demandante: VIAJES SAN FRANCISCO S.A.

Procurador: D^a ALICIA CASADO DELEITO

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 nueve 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 290/17, interpuesto por la procuradora D^a Alicia Casado Deleito , en nombre y representación de **VIAJES SAN FRANCISCO S.A.**, contra 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 S/DC/0512/14, *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, con estimación del recurso, declare que la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la competencia de 9 de



marzo de 2017, dictada en el expediente S/DC/0512/14 no es conforme a Derecho, y por tanto la revoque y anule dejándola sin efecto alguno frente a la demandante, con imposición de las costas causadas a la Administración demandada.

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

TERCERO: Acordado el recibimiento del recurso a prueba con el resultado obrante en autos, se confirió traslado a las partes para la presentación de conclusiones escritas, verificado lo cual, quedaron los autos conclusos y pendientes de señalamiento para votación y fallo, a cuyo efecto se señaló el día 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 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 S/DC/0512/14, *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:

37. VIAJES SAN FRANCISCO, S.A., por su participación en el acuerdo con ULTRAMAR para repartirse los servicios de transporte discrecional de viajeros demandados por los clientes en la isla de Mallorca, entre abril de 2011 y abril de 2013. (...)

QUINTO.- Imponer a los autores responsables de la primera conducta infractora las siguientes multas:(...)

8. VIAJES SAN FRANCISCO, S.A., 30.000 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, señalando que:



"VIAJES SAN FRANCISCO, S.A. (VIAJES SAN FRANCISCO) tiene su domicilio social en Son Castelló, Palma de Mallorca, y comparte sede social con TRANSUNIÓN, con la que también comparte administrador único. Esta agencia de viajes pertenece a TRANSUNIÓN y comercializa un servicio de transporte de viajeros entre el aeropuerto de Palma de Mallorca y los establecimientos hoteleros de las distintas zonas de la isla de Mallorca y viceversa, que opera con varios nombres comerciales (MALLORCATRANSFER.COM y Viajes San Francisco) y con varias marcas comerciales (EXPEDICION MONTAÑA VIAJES SAN FRANCISCO Y VIAJES SAN FRANCISCO, S.A. (VIAJES SAN FRANCISCO) tiene su domicilio social en Son Castelló, Palma de Mallorca, y comparte sede social con TRANSUNIÓN, con la que también comparte administrador único. Esta agencia de viajes pertenece a TRANSUNIÓN y comercializa un servicio de transporte de viajeros entre el aeropuerto de Palma de Mallorca y los establecimientos hoteleros de las distintas zonas de la isla de Mallorca y viceversa, que opera con varios nombres comerciales (MALLORCATRANSFER.COM y Viajes San Francisco) y con varias marcas comerciales (EXPEDICION MONTAÑA VIAJES SAN FRANCISCO)".

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 concurso.

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 lo que se refiere al 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 CALDENTY, 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 Luis Alberto , IBIZATOURS, JOSE CANOVAS AUTOCARES, Bartolomé , ROIG BUS, TORRES ALLES AUTOCARES, TRANSACOBO, TRANSUNIÓN, ULTRAMAR y VORAMAR EL GAUCHO, y el empresario autónomo D. Eloy 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 AVIBA.

- 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, Bartolomé, AUTOCARES ALORDA, AUTOCARES PUJOL PALMER, AUTOCARES GARFRA, JOSE CANOVAS AUTOCARES y Eloy.

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 LOTT..

TERCERO: Di sconforme con la resolución recurrida, opone la parte recurrente los siguientes motivos de impugnación:

1-La caducidad del expediente sancionador por notificación extemporánea del voto particular de un vocal de la CNMC.

2-La nulidad de las órdenes de investigación y de las inspecciones practicadas.

3- La legalidad de los acuerdos de colaboración o intermediación entre transportistas al amparo de la legislación sectorial de transportes. Denuncia que la resolución impugnada no explica por qué considera a la recurrente responsable de la infracción que le impone -ya que desde luego VIAJES SAN FRANCISCO no puede repartirse con nadie un mercado en el que no participa-, ni su forma de participación o autoría ni, en definitiva, cómo habría contribuido VIAJES SAN FRANCISCO a ese reparto de mercado.

4-Ni el contrato suscrito ni la actuación de Viajes San Francisco infringen la ley de defensa de la competencia.

5- Subsidiariamente, la aplicación de la exención prevista en el artículo 4.1 de la Ley de Defensa de la Competencia a los contratos de colaboración o intermediación.

6- Subsidiariamente, la aplicación de la exención del artículo 1.3 de la Ley de Defensa de la Competencia a los contratos de colaboración o intermediación entre transportistas; (7) la falta de elemento subjetivo de la infracción.



8- La infracción del artículo 34.2 del Reglamento de Defensa de la Competencia, por indefensión de la Recurrente en vía administrativa y,

9- Falta de motivación de las sanciones con generación de indefensión y vulneración del principio de proporcionalidad.

La Administración demandada se opone al recurso e interesa su desestimación

CUARTO. - Dicho lo anterior, examinaremos, los motivos de impugnación opuestos en la demanda, comenzando por el que denuncia la caducidad del expediente sancionador.

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

Es decir, el día 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.

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

Para dar respuesta a este motivo de impugnación, conviene poner de manifiesto que el 23 diciembre de 2013 la Dirección de Competencia (DC) recibió una solicitud de exención de pago de multa de AUTOCARES ALCAS, S.L., o, en su caso, subsidiariamente, de reducción del importe de la multa, que pudiera imponerse por la comisión de una infracción del artículo 1 de la LDC consistente en un cártel en el sector de transporte de viajeros por carretera en las Illes Balears, en especial, en el segmento del transporte escolar de centros públicos, sujeto a las convocatorias de contratación pública de provisión de este servicio por la Consejería de Educación, Cultura y Universidades de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

Como consecuencia de ello, el 23 de abril de 2014 la DC llevó a cabo inspecciones simultáneas en las sedes de la FEDERACIÓN EMPRESARIAL BALEAR DE TRANSPORTES (FEBT) y de las empresas TRANSACOBO, S.L. (TRANSACOBO), TRANSUNIÓN MALLORCA, S.L. (TRANSUNIÓN) y ROIG BUS, S.A. (ROIG BUS).

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

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

(...)

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

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



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

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

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

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

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

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

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



investigación de la Comisión, la empresa estaría en condiciones de identificar las informaciones conocidas por la Comisión y, en consecuencia, las que pueden aún serle ocultadas (sentencia del Tribunal de Justicia Dalmine/Comisión, citada en el apartado 260 supra, apartados 58 a 60)".

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

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

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

Por tanto, la doctrina jurisprudencial expuesta es aplicable en el presente caso toda vez que, la Orden de Investigación y la necesidad de la inspección y del registro domiciliario fue consecuencia de una solicitud de clemencia por la que la CNMC tuvo conocimiento de la posible existencia de una infracción contraria a las normas de competencia y, precisamente, se ordena el registro para comprobar la veracidad de la información obtenida y justificar así, en su caso, la incoación del expediente sancionador. Como señala la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 26 de octubre de 2010, asunto T-23/09, en el apartado 40: *"El Tribunal de Justicia también ha señalado que es importante salvaguardar el efecto útil de las inspecciones como instrumento necesario para permitir a la Comisión ejercer sus funciones de guardiana del Tratado en materia de competencia. Así, con el fin de salvaguardar la utilidad del derecho de acceso de la Comisión a los locales comerciales de la empresa objeto de un procedimiento de aplicación de los artículos 81 CE y 82 CE, tal derecho implica la facultad de buscar elementos de información diversos que aún no se conocen o no están plenamente identificados (véanse, a propósito del Reglamento núm. 17, la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1989, Hoechst/Comisión, 46/87 y 227/88, Rec. p. I-2859, apartado 27, y el auto Minoan Lines/Comisión, antes citado, apartado 36)".*

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



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

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

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

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

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

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

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

SEXTO. - Sostiene la recurrente la legalidad de los acuerdos de colaboración o intermediación entre transportistas al amparo de la legislación sectorial de transportes;

Recuerda que VIAJES SAN FRANCISCO es una agencia de viajes que:

<<... comercializa un servicio de transporte de viajeros entre el aeropuerto de Palma de Mallorca y los establecimientos hoteleros de las distintas zonas de la isla de Mallorca y viceversa, que opera con varios nombres comerciales (MALLORCATRANSFER.COM y Viajes San Francisco) y con varias marcas comerciales (EXPEDICION MONTAÑA VIAJES SAN FRANCISCO y VIAJES SAN FRANCISCO SHUTTLE TRANSUNIÓN).>> y que, su intervención en un contrato de intermediación de transportes de viajeros por carretera no puede ser merecedora de sanción alguna porque no infringe la Ley.

Explica que contrato suscrito entre ULTRAMAR EXPRESS y TRANSUNIÓN MALLORCA, SL, en cuyo encabezamiento figura también como compareciente VIAJES SAN FRANCISCO es un contrato de colaboración o intermediación entre transportistas -ULTRAMAR EXPRESS y TRANSUNIÓN MALLORCA, SL- ya que, como podría haber deducido la Dirección de Competencia de su simple lectura, VIAJES SAN FRANCISCO, a pesar de aparecer nominalmente en el mismo, no asume ningún derecho ni obligación. Añade que es un contrato plenamente válido y completamente legítimo por lo que ninguna consecuencia sancionadora puede conllevar,



no ya para VIAJES SAN FRANCISCO, sino tampoco para ninguna de las dos empresas de transporte que realmente lo suscriben.

Opone que la resolución recurrida parte de una interpretación errónea de la legislación sectorial en materia de transportes -respecto a los contratos de colaboración o intermediación entre transportistas y afirma que tras la Ley 9/2013 no sólo es que quepa la colaboración entre transportistas (englobada ahora en el concepto de intermediación), sino que ésta se ha liberalizado (suprimiéndose la anterior exigencia de que esta respondiese a demandas de porte que excediesen coyunturalmente de la propia capacidad de transporte).

Argumenta que se trata de subcontrataciones puras y duras en las que una parte subcontrata a la otra y que no hay reparto alguno, pues la parte subcontratista lo único que hace es prestar el servicio subcontratado, tratándose en ambos casos de empresas transportistas. Que el cliente del transportista sigue siendo la agencia de viajes, y el cliente del transportista subcontratado el transportista inicial, sin que haya en ningún caso un "reparto" de clientes ni de mercado y que, además, el consumidor -el turista- ha contratado y pagado ya a la agencia de viajes, por lo que el precio final no se altera y que en cualquier caso, VIAJES SAN FRANCISCO, SL no presta servicios de transporte por carretera ni es una empresa transportista, siendo además plenamente coherente y conforme a su actividad -de agencia de viajes- intermediar en contratos como el que nos ocupa.

Para fundamentar sus alegaciones se remite a la contestación que la Subdirección General de Ordenación y Normativa de Transporte Terrestre del Ministerio de Fomento dio a una consulta realizada por la propia Dirección de Competencia que no solo acredita que el otorgamiento de estos contratos de colaboración o intermediación es plenamente válida y legítima, sino que actualmente ha desaparecido la reserva que el Reglamento de Ordenación de Transportes Terrestres contenía en favor -precisamente de las agencias de viajes.

Insiste en que la intervención de VIAJES SAN FRANCISCO en el contrato es la típica de su actividad, con independencia de que ni siquiera fuese precisa su intervención pues, según se desprende del tenor literal del mismo, el contrato se otorgó para establecer una lista de precios a los que TRANSUNIÓN MALLORCA prestaría sus servicios a ULTRAMAR EXPRESS, en el caso de que ésta necesitase tal subcontratación por ver excedida su propia capacidad de porte.

Por lo demás opone que VIAJES SAN FRANCISCO no puede ser considerada responsable de la infracción que se le imputa porque no participa en el mercado afectado porque no es una empresa de transporte.

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

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

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

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

Tras la reforma operada por Ley 9/2013, de 4 de julio, la LOTT establece en su artículo 54.1 que:

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

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

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

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

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

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

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

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

OCTAVO- Recordemos que en la resolución impugnada en este procedimiento se sanciona a la recurrente por una práctica prohibida por el artículo 1 de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia, el artículo 1 de la Ley 16/1989 y del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, constitutiva de una infracción única y continuada muy grave basada en los siguientes acuerdos bilaterales alcanzados entre determinadas empresas de servicios de transporte discrecional de pasajeros en la isla de Mallorca, y por lo que ahora nos interesada, en el siguiente:

"(g) Acuerdo de reparto entre VIAJES SAN FRANCISCO y ULTRAMAR

El 1 de abril de 2011 la empresa VIAJES SAN FRANCISCO -agencia de viajes que pertenece a TRANSUNIÓN y comercializa un servicio de transporte de viajeros entre el aeropuerto de Palma de Mallorca y los establecimientos hoteleros de las distintas zonas de la isla de Mallorca y viceversa-, a través del Director General y Administrador único tanto de VIAJES SAN FRANCISCO como de TRANSUNIÓN y ULTRAMAR suscribieron un acuerdo de rappel relacionado con un contrato de colaboración entre ellas vigente, mediante el que ULTRAMAR solicitaba servicios "shuttle" o servicio de transporte de viajeros entre el aeropuerto de Palma de Mallorca y los establecimientos hoteleros de la isla de Mallorca y viceversa que excedan de su capacidad, para todo tipo de clientes, agencias o tour operadores.

En virtud de este acuerdo con vigencia desde el 1 de abril de 2011 hasta el 30 de abril de 2012, se fijaron precios entre las citadas empresas para dichos servicios en las denominadas Zonas A y B (sur), Zona C (norte) y Zonas D y E (Este) y se establecieron unos rappels o descuentos especiales por consecución de objetivos que TRANSUNIÓN abonaría a ULTRAMAR, entre el 0-5%, siempre que la facturación de TRANSUNIÓN superara determinadas cantidades netas que se detallaban en el citado contrato.

El 1 de mayo de 2012 el citado Director General y Administrador único de TRANSUNIÓN, a través de la empresa VIAJES SAN FRANCISCO, identificada en el contrato como "una agencia de viajes que pertenece a la empresa de transporte TRANSUNIÓN y comercializa un servicio de transporte turístico de viajeros entre el Aeropuerto de Palma de Mallorca y los establecimientos hoteleros de las distintas zonas de la isla de Mallorca y viceversa, registrado con la marca SHUTTLE TRANSUNIÓN, en adelante TRANSUNIÓN" y ULTRAMAR suscribieron un nuevo acuerdo de prestación de servicios de transporte de viajeros para traslados con destino y origen en el aeropuerto de Palma de Mallorca a los establecimientos hoteleros de las distintas zonas de la isla de Mallorca con vigencia desde mayo de 2012 a abril 2013, fijando precios para dichos servicios en las denominadas Zonas A y B (sur), Zona C (norte) y Zonas D y E (este) de la isla de Mallorca.

Junto a dicho acuerdo de prestación de servicios de mayo de 2012, las citadas empresas acordaron en esa misma fecha de 1 de mayo de 2012 unos rappels o descuentos especiales por consecución de objetivos que TRANSUNIÓN abonaría a ULTRAMAR, entre el 0-5%, siempre que la facturación de TRANSUNIÓN superara determinadas cantidades netas que se detallan en los contratos de prestación de servicios suscritos con respecto a tres localidades turísticas en la isla de Mallorca².

Por todo lo anterior se acredita que TRANSUNIÓN, a través de VIAJES SAN FRANCISCO, y ULTRAMAR adoptaron entre abril de 2011 y abril 2013 una serie de acuerdos por los que se repartían los servicios de transporte discrecional desde o hasta el aeropuerto de la isla de Mallorca (shuttle) demandados por los clientes".

NOVENO. - . Por lo que se refiere a la cuestión relativa al grado de responsabilidad (o, en su caso, su exclusión) de aquellas empresas que tienen conocimiento de la dinámica de una práctica colusoria o la facilitan, pero no compiten en el mercado afectado, debemos recordar la doctrina jurisprudencial fijada en la



Sentencia 1403/2020, de 26 de octubre de 2020 de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, (ROJ: STS 3513/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3513), recaída en el recurso 4227/2019 , que dando respuesta a la cuestión que plantea interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consistente en interpretar los artículos 1 y 61.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en relación con el artículo 1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y la jurisprudencia que los interpreta, a fin de determinar el grado de responsabilidad (o, en su caso, su exclusión) de aquellas empresas que tienen conocimiento de la dinámica de una práctica colusoria (como pueda ser un cártel), o la facilitan, pero no compiten en el mercado afectado, sienta la siguiente doctrina:

" Constituye infracción en materia de competencia la conducta de una empresa que participa activamente en los actos de constitución de un cártel aunque dicha empresa no comercialice productos en el mercado principal de referencia pero si lo haga en un mercado conexo del de referencia, y cuya intervención activa en las prácticas colusorias debe ser corregida mediante la imposición de la correspondiente sanción, debiendo interpretarse en dicho sentido los artículos 1 y 61.1 LDC en relación con el artículo 101 TFUE "

Para fundamentar su pronunciamiento, la citada Sentencia explica que:

"(...) no hay nada en la redacción del artículo 101 TFUE , apartado 1, que indique que la prohibición que establece se refiera únicamente a las partes en los acuerdos o prácticas concertadas que operen en los mercados afectados por éstos.

La intervención de una empresa en los actos constitutivos de un cártel, aun cuando no comercialice productos en el mercado principal de referencia -pero sí en un mercado vinculado o conectado al mismo- puede considerarse una conducta típica con arreglo a lo dispuesto en el artículo 61.1 LDC en relación con el artículo 1 del mismo texto legal y con el artículo 1 TFUE .

Se parte de la irrelevancia del mercado en que operen las partes cuando se trata de sancionar conductas anticompetitivas; esto es, que la participación en acuerdos colusorios y su sanción no se refiere únicamente a las empresas activas en el mercado afectado por las restricciones de la competencia.

No cabe deducir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que el artículo 101 TFUE , apartado 1, se refiera únicamente, bien a las empresas activas en el mercado afectado por las restricciones de la competencia o incluso en los mercados anteriores, posteriores o similares a dicho mercado, bien a las empresas que limiten su autonomía de comportamiento en un mercado determinado en virtud de un acuerdo o de una práctica concertada. En efecto, es jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia que la redacción del artículo 101 TFUE , apartado 1, se refiere con carácter general a todos los acuerdos y prácticas concertadas que, en relaciones horizontales o verticales, falseen la competencia en el mercado común, con independencia del mercado en el que operen las partes y de que sólo el comportamiento comercial de una de ellas resulte afectado por los términos de los pactos de que se trate.

Resultaría así que la participación en una práctica restrictiva constituye un supuesto punible ex artículos 1 LDC y 101 TFUE , incluso si el partícipe activo no forma parte del mercado de referencia, sea en este caso por su condición de partícipe en un mercado conexo".

Así las cosas, el hecho de que VIAJES SAN FRANCISCO no forme parte del mercado principal afectado, sino de un mercado conexo o relacionado, no le exime de su responsabilidad cuando, como es el caso, ha quedado documentada su intervención activa en los acuerdos colusorios, como resulta de la lectura de la resolución sancionadora de la que resulta que VIAJES SAN FRANCISCO participó en el reparto de mercado del transporte discrecional en Mallorca al suscribir los acuerdos que permitían tal reparto, junto con la empresa a la que pertenecía y con la que compartía sede social y administrador único (TRANSUNIÓN).

DÉCIMO. - Dicho lo anterior, analizaremos si los acuerdos suscritos por la recurrente recogidos en la resolución impugnada encuentran cobertura en la LOTT a los efectos del artículo 4.1 de la LDC.

Pues bien, a la vista del objeto de los citados acuerdos debemos concluir que no encuentran cobertura en la LOTT a los efectos del artículo 4.1 LDC por las razones que pasamos a exponer.

La mera indicación de que ULTRAMAR solicitaba servicios "shuttle" o servicio de transporte de viajeros entre el aeropuerto de Palma de Mallorca y los establecimientos hoteleros de la isla de Mallorca y viceversa que excedan de su capacidad, para todo tipo de clientes, agencias o tour operadores resulta insuficiente para entender subsumidos los citados acuerdos en la hipótesis prevista en el artículo 97 de la LOTT, en redacción anterior a la reforma operada por Ley de 9/2013, de 4 de julio, que refiere la posibilidad de acudir a fórmulas de coloración con otros transportistas para atender las "demandas de porte que excedan coyunturalmente de su propia capacidad de transporte". Pues bien, ese "carácter coyuntural" resulta desvirtuado si atendemos al contenido y a los periodos de vigencia pactados en los acuerdos.



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

Así las cosas, del contenido de los acuerdos referidos se desprende que tenían por objeto el reparto de los servicios de transporte discrecional desde o hasta el aeropuerto de la isla de Mallorca (shuttle) demandados por los clientes. Se trata, por lo expuesto, de acuerdos de reparto de mercado, en los que TRANSUNIÓN, con la intervención de Viajes San Francisco, se compromete a prestar los servicios de traslados de los clientes de ULTRAMAR, entre el aeropuerto y diferentes hoteles de la isla, ubicados en cinco zonas.

Por todo lo expuesto, nos encontramos ante una práctica prohibida por el artículo 1 de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia, el artículo 1 de la Ley 16/1989 y del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, constitutiva de una muy grave del artículo 62.4. a) de la LDC.

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

UNDÉCIMO. - Alega VIAJES SAN FRANCISCO que los acuerdos que suscribe junto con TRANSUNION y respecto de ULTRAMAR, serían subsumibles en la exención del artículo 1.3 LDC.

Recordemos que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.3 de la Ley de Defensa de la Competencia "la prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que:

- a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas.
- b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y
- c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

La redacción del precepto es similar a la del artículo 101.3 de del Tratado de la Unión Europea

De acuerdo con las Directrices de la Comisión relativas a la aplicación del artículo 3 del apartado 81 del Tratado 101/97, de 27 de abril, (actual artículo 101.3 de la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea), la aplicación de la excepción contemplada en el apartado 3 del artículo 81 se supedita a cuatro condiciones acumulativas, de las cuales dos son positivas y dos negativas:

- a) los acuerdos deben contribuir a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico;
- b) debe reservarse a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante;
- c) las restricciones deben ser indispensables para alcanzar los objetivos, y
- d) el acuerdo no debe ofrecer a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

Cuando se reúnen estas cuatro condiciones, que son acumulativas, el acuerdo favorece la competencia en el mercado de referencia por incitar a las empresas a ofrecer a los consumidores productos más baratos o de mejor calidad, lo que compensará a estos últimos por los efectos adversos de las restricciones de la competencia.

La carga de la prueba de la concurrencia de dichas condiciones recae en la empresa que invoque la excepción.

Además, es preciso puntualizar que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, únicamente pueden tenerse en cuenta los beneficios objetivos, lo que significa que las eficiencias no se evalúan desde el punto de vista subjetivo de las partes. Además, el nexo causal entre acuerdo y las eficiencias alegadas debe ser directo. Las eficiencias, que pueden de ser costes, o cualitativas deben ser calculadas o estimadas con la mayor exactitud posible. El acuerdo restrictivo ha de ser, en sí, razonablemente necesario para obtener las eficiencias y a su vez, cada restricción de la competencia derivada del acuerdo debe ser a la vez razonablemente necesaria para la obtención de las eficiencias, esto es las eficiencias deben ser específicas



al acuerdo de manera que no exista otra forma económicamente viable y menos restrictiva para alcanzarla, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso. Por lo demás, la participación equitativa de los consumidores en el beneficio resultante debe compensar a éstos por cualquier perjuicio real o probable ocasionado por la restricción de la competencia.

Pues bien, más allá de su mera alegación, la parte recurrente no ha acreditado en el presente caso la concurrencia de las condiciones exigidas para la aplicación de la exención prevista en el artículo 1.3 LDC.

DUODÉCIMO. - La misma suerte desestimatoria debe seguir el motivo de impugnación que denuncia la vulneración del artículo 34.2 RDC por no haber tenido en cuenta el informe al que el precepto se refiere las alegaciones de VIAJES SAN FRANCISCO, SL.

Recordemos que el artículo 34.2 RDC dispone que el Informe Propuesta contendrá tanto la Propuesta de Resolución como las alegaciones a la propia Propuesta de Resolución formuladas por los interesados, y prevé que la elevación al Consejo se produzca en el plazo de quince días desde su notificación a los interesados.

Pues bien, en el caso ahora examinado, la elevación formal del Informe Propuesta antes de la recepción de las alegaciones de VIAJES SAN FRANCISCO no ha producido indefensión alguna a esta empresa, toda vez que sus alegaciones fueron elevadas al Consejo el 24 de octubre de 2016, junto con una nota de régimen interior que indicaba su recepción dentro de plazo (folio 23658), y las mismas fueron debidamente tenidas en cuenta por el Consejo en su Resolución la actuación de la Dirección de Competencia.

A lo dicho cabe añadir que, como resulta del artículo 34 RDC, las alegaciones a la Propuesta de Resolución deben ser valoradas por el Consejo y no por la Dirección de Competencia y que, en definitiva, la valoración de las alegaciones a la Propuesta de Resolución corresponde en exclusiva al Consejo por lo que la ausencia de valoración por parte de la DC respecto de las mismas no ha sido determinante de indefensión.

DECIMOTERCERO. - Para terminar, opone la demandante la falta de motivación de las sanciones con generación de indefensión y vulneración del principio de proporcionalidad.

Para dar respuesta a este motivo de impugnación y por lo que se refiere a la motivación, debemos recordar que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 35.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho: h) Las propuestas de resolución en los procedimientos de carácter sancionador, así como los actos que resuelvan procedimientos de carácter sancionador o de responsabilidad patrimonial.

Por lo que se refiere al caso examinado, la resolución recurrida impone a Viajes San Francisco una sanción de 30.000 euros, consignando lo siguiente:

"VIAJES SAN FRANCISCO no tiene actividad en el mercado afectado por la conducta sancionada, por lo que se procederá con ella de acuerdo con lo que se ha indicado en el apartado 6.2. para las dos empresas sin facturación en el mercado afectado"

Pues bien, el apartado 6.2 de la Resolución sancionadora lleva por título: "Primera infracción: cártel del transporte escolar en las Illes Balears". Dentro del subapartado 6.2.2 aborda los criterios para la valoración de la conducta y la participación en la primera infracción (relativa al transporte escolar), recogiendo lo siguiente:

"Dentro de los criterios para la individualización del reproche sancionador conviene considerar principalmente la participación de cada empresa en el volumen de negocios en los mercados afectados durante la infracción. Esta cifra corresponde a la facturación de las infractoras en esos mercados. Estos datos pueden deducirse de la información proporcionada por las empresas a requerimiento de la CNMC."

De cara a la determinación del importe de la sanción de las empresas imputadas, en los requerimientos de información realizados sobre su volumen de negocios se ha delimitado en función de las islas en las que las empresas imputadas operan, de acuerdo con su efectiva participación respecto del reparto de las rutas ofertadas en cada una de las islas."

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

En la tabla siguiente se recoge el volumen de negocios de los mercados afectados por cada infractora durante la infracción, así como la cuota de participación de cada empresa en el volumen de negocios total afectado por la infracción en este expediente."

(...)"

Y tras recoger la citada tabla, añade, por lo que ahora interesa, lo siguiente:

"Como la FEBT no tiene actividad directa en el mercado afectado por la conducta, no se la ha incluido en la tabla anterior. Su ausencia de facturación en ese mercado es coherente con su condición de federación de asociaciones empresariales.

Tampoco se han incluido en la tabla anterior dos empresas imputadas, AUTOCARES LEVANTE y ULTRAMAR EXPRESS TRANSPORT, que no tienen facturación en el mercado afectado, ya que se dedican solo de forma residual al transporte escolar, siendo su actividad empresarial fundamental la del transporte discrecional. Esta Sala está de acuerdo con la Propuesta de Resolución de la DC en considerar que, habiendo sido acreditada su participación en la conducta, aunque no se hayan beneficiado directamente de las prácticas realizadas en el marco de esta primera infracción, este hecho no es un elemento decisivo para justificar una exculpación, dado su pleno conocimiento del cártel, su participación en las reuniones y la recepción de correos electrónicos de la FEBT en seguimiento del acuerdo de reparto de licitaciones, aunque sí deberá ser tenido en cuenta a la hora de determinar el importe de sus sanciones.

Teniendo en cuenta todo lo mencionado en este apartado, se considera adecuada la necesaria individualización de las sanciones teniendo en cuenta la participación de cada una de las entidades en la conducta.

Por otra parte, no se aprecia la concurrencia de circunstancias agravantes ni atenuantes".

A la vista de la fundamentación expuesta, a la que se remite la resolución sancionadora para fundamentar la sanción por importe de 30.000 euros que impone a Viajes San Francisco, debemos convenir con la recurrente en que carece de motivación por las razones que pasamos a exponer.

Como ya hemos resuelto, en el Fundamento de Derecho Noveno, el hecho de que Viajes San Francisco no forme parte del mercado principal afectado, sino de un mercado conexo o relacionado, no le exime de responsabilidad. Ahora bien, ello no exonera a la CNMC de su obligación de motivar debidamente la sanción que se le impone, sin que a estos efectos resulte suficiente la remisión que efectúa a otro apartado de la resolución referido a empresas sancionadas en otra y distinta infracción y con las que la aquí recurrente, únicamente tiene en común el carecer de volumen de negocio en el mercado afectado por las respectivas infracciones.

Así las cosas, ni un solo criterio se ofrece para justificar la concreta cuantificación de la sanción impuesta a Viajes San Francisco, más allá de afirmar que se trata de una empresa sin volumen de negocio en el mercado afectado.

Dicho lo anterior, debemos también recordar que la motivación constituye una garantía esencial para el administrado mediante la cual es posible comprobar que la decisión judicial es consecuencia de la aplicación razonada del ordenamiento jurídico y no el fruto de la arbitrariedad, proscrita por el ordenamiento jurídico. Así las cosas, la falta de motivación determinante de indefensión lleva consigo la nulidad de la resolución administrativa apoyada en una valoración no concretada debidamente.

Por las razones expuestas, careciendo la sanción impuesta de la necesaria motivación, debemos estimar el motivo de impugnación que examinamos, lo que a su vez lleva a aparejada la estimación del presente recurso y la anulación de la resolución impugnada.

DÉCIMO CUARTO. - Lo expuesto en los anteriores fundamentos determina la estimación en parte del presente recurso, con imposición de costas a la parte demandada.

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

FALLO

Estimar el recurso interpuesto por la procuradora D^a Alicia Casado Deleito en nombre y representación de **VIAJES SAN FRANCISCO S.A.**, contra 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 S/DC/0512/14, *Transporte Balear de Viajeros*, que anulamos, con imposición de costas a la parte 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ