



Roj: **SAN 2138/2022 - ECLI:ES:AN:2022:2138**

Id Cendoj: **28079230062022100252**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **09/05/2022**

Nº de Recurso: **369/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000369 /2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 2968/2017

Demandante: TRANSUNIÓN MALLORCA, S.L.

Procurador: D^a ALICIA CASADO DELEITO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

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 el presente recurso contencioso-administrativo núm. 369/17 promovido por la Procuradora D^a Alicia Casado Deleito en nombre y representación de **TRANSUNIÓN MALLORCA, S.L.**, contra la resolución de 9 de marzo de 2017, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente NUM000 TRANSPORTE BALEAR DE VIAJEROS, mediante la cual se le impusieron dos sanciones de multa de 513.500 euros y 1.834.861 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, estimando el recurso, "... se 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 NUM000 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 suplicaba 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 9 de marzo de 2022.

CUARTO.- Mediante providencia de 11 de marzo siguiente la Sala acordó oír a las partes por términos de diez días a fin de que efectuasen alegaciones en relación a la definición geográfica del mercado afectado, y ello a la vista de lo manifestado al respecto en los recursos números 324/17, 343/17, 352/17 y 362/17. Con suspensión del plazo para dictar sentencia.

QUINTO.- Se han presentado las alegaciones que obran en autos acerca de la referida cuestión.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. Francisco de la Peña Elías, 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 la Sala de Competencia del Consejo 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 los Fundamentos de Derecho Cuarto, declarar responsables de las citadas infracciones a las siguientes empresas:

(...)

35. **TRANSUNIÓN MALLORCA, S.L.**, por su participación en una infracción única y continuada constitutiva del cártel del transporte escolar en las Illes Balears al menos desde agosto de 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. También, por el acuerdo con **ROIG BUS**, desde marzo de 2013 y estando aún vigente, con efectos hasta 2017, para repartirse determinados servicios de transporte discrecional de viajeros en la zona del sureste de la isla de Mallorca (entre Colonia San Jordi y Cala D'Or). También, por los siguientes acuerdos: (i) con **TRANSACOB**, desde abril de 2011 hasta mayo de 2013 para repartirse los servicios de transporte discrecional demandados por determinados clientes en la zona norte y de Son Servera de la isla de Mallorca; (ii) con **ULTRAMAR**, a través de **VIAJES SAN FRANCISCO**, para repartirse los servicios de transporte discrecional desde o hasta el aeropuerto de Mallorca (shuttle), entre abril de 2011 y abril de 2013; (iii) con **AUTOCARES PUJOL PALMER**, desde abril de 2014 y con vigencia hasta 2017 para repartirse los servicios de transporte discrecional demandados por determinados clientes en la zona sur de la isla de Mallorca; (iv) con **AUTOCARES PUERTO POLLENSA**, desde abril de 2012 para repartirse los servicios de transporte discrecional en la isla de Mallorca.



(...)

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

(...)

33. *TRANSUNIÓN MALLORCA, S.L., 513.500 euros,*

(...)

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

(...)

6. *TRANSUNIÓN MALLORCA, S.L., 1.834.861 euros,*

(...)

OCTAVO.- Instar a la Dirección de Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución".

Como antecedentes procedimentales de dicha resolución pueden destacarse, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, los siguientes:

1) Con fecha 23 diciembre de 2013 la Dirección de Competencia (DC) recibió una solicitud de exención de pago de multa presentada por AUTOCARES ALCAS, S.L., 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. Y el 22 de abril de 2014 la DC concedió la exención condicional a la empresa solicitante de clemencia al haber sido la primera en aportar elementos de prueba que permitían ordenar el desarrollo de una inspección en relación con el cártel descrito en la solicitud de exención.

2) 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 TRANSACOB0, S.L. (TRANSACOB0), TRANSUNIÓN MALLORCA, S.L. (TRANSUNIÓN) y ROIG BUS, S.A. (ROIG BUS).

3) Sobre la base de la información recaba en dichas inspecciones, y de la obtenida como consecuencia de los requerimientos de información realizados posteriormente, la DC acordó con fecha 26 de agosto de 2015 la incoación de un expediente sancionador por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la Ley 16/1989, en el artículo 1 de la LDC frente a 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), TRANSACOB0, S.L., TRANSUNIÓN MALLORCA, S.L., ROIG BUS, S.A., ULTRAMAR y D. Jorge (empresario autónomo que opera con el nombre comercial AUTOCARES EMILIO SECO).

4) Formulados nuevos requerimientos de información, y aportada esta, el 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.

5) Conforme a lo dispuesto en el artículo 50.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, la DC dictó con fecha 21 de julio de 2016 pliego de concreción de hechos, del que se dio oportuno traslado a las empresas incoadas, quienes formularon frente al mismo las alegaciones que tuvieron por conveniente.

6) Acordado el cierre de la fase de instrucción, el 22 de septiembre de 2016 la Dirección de Competencia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 50.4 de la LDC, emitió propuesta de resolución.

7) Presentadas alegaciones, el 14 de octubre de 2016 la Dirección de Competencia elevó al Consejo de la CNMC informe y propuesta de resolución; y el 2 de febrero de 2017 la Sala de Competencia de la CNMC acordó requerir información del volumen de negocios total en 2016 a las entidades incoadas, con suspensión del plazo máximo para resolver el expediente.



8) Alzada la suspensión por acuerdo de 24 de febrero de 2017, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó el asunto en su reunión de 9 de marzo de 2017 y dictó, con esa misma fecha, la resolución que ahora se recurre.

SEGUNDO.- Al tratar de los hechos determinantes del acuerdo sancionador, y cuando aborda la cuestión relativa a las partes intervinientes, la resolución recurrida describe a la entidad ahora recurrente, TRANSUNIÓN MALLORCA, S.L., como una empresa con sede en Son Castelló, Palma de Mallorca, constituida el 23 de diciembre de 2012 y que desarrolla su actividad en Mallorca. En cuanto ahora interesa, pone de manifiesto que TRANSUNIÓN se ha presentado a las licitaciones públicas del servicio regular de transporte escolar en 2005 y 2013, siendo adjudicataria de 14 contratos en 2005 y 7 contratos en 2013, y que las actividades que lleva a cabo son las de transporte discrecional de viajeros y transporte escolar de contratación privada desde 2002, de transporte escolar por licitación pública desde 2004, y de transporte regular de 2004 a 2009. Destaca también que TRANSUNIÓN está asociada a la FEBT y es miembro de la Asociación Empresarial del Servicio Discrecional de Viajeros de Baleares desde el 1 de enero de 2003, entidades en las que el Director de TRANSUNIÓN habría ocupado cargos. Y que la cifra de negocios de la empresa en 2014 fue de 33.555.082 de euros.

Antes de delimitar el mercado afectado, la resolución hace algunas consideraciones relevantes sobre el marco normativo en el que se encuadra la actividad del transporte de viajeros por carretera, con referencia al régimen de autorización al que se encuentra sometido y a las normas autonómicas que regulan el servicio de transporte escolar en centros públicos en las Illes Balears en cuanto materia transferida. E incide también a las normas de aplicación al transporte público de viajeros de uso regular (líneas regulares de autobuses) en las Illes Balears, así como al transporte discrecional de viajeros, al afectar a los misma parte de las conductas imputadas.

A continuación alude al mercado afectado, suponiendo que las prácticas y conductas investigadas afectan a diferentes segmentos del transporte de viajeros por carretera, en concreto, a 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 a la prestación del servicio de transporte discrecional, incluyendo excursiones, visitas y traslados de turistas y viajeros en la isla de Mallorca.

Por lo que se refiere al mercado geográfico, se limita a indicar que *"... abarca al conjunto de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, en concreto, el territorio de las islas de Mallorca, Menorca, Ibiza y Formentera"*, sin más precisiones, lo que ha de tener consecuencias relevantes al examinar la legalidad de la resolución recurrida, como veremos después.

Delimitado de este modo el mercado afectado, y descrito su modo de funcionamiento, la CNMC aborda la relación de hechos acreditados mencionando las principales fuentes de información que le han permitido constatarlos.

Y sobre la base de dicha información concluye, en relación a la primera de las infracciones imputadas que habría participado en *"... una infracción única y continuada constitutiva del cártel del transporte escolar en las Illes Balears al menos desde agosto de 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. También, por el acuerdo con ROIG BUS, desde marzo de 2013 y estando aún vigente, con efectos hasta 2017, para repartirse determinados servicios de transporte discrecional de viajeros en la zona del sureste de la isla de Mallorca (entre Colonia San Jordi y Cala D'Or). También, por los siguientes acuerdos: (i) con TRANSACOBO, desde abril de 2011 hasta mayo de 2013 para repartirse los servicios de transporte discrecional demandados por determinados clientes en la zona norte y de Son Servera de la isla de Mallorca; (ii) con ULTRAMAR, a través de VIAJES SAN FRANCISCO, para repartirse los servicios de transporte discrecional desde o hasta el aeropuerto de Mallorca (shuttle), entre abril de 2011 y abril de 2013; (iii) con AUTOCARES PUJOL PALMER, desde abril de 2014 y con vigencia hasta 2017 para repartirse los servicios de transporte discrecional demandados por determinados clientes en la zona sur de la isla de Mallorca; (iv) con AUTOCARES PUERTO POLLENSA, desde abril de 2012 para repartirse los servicios de transporte discrecional en la isla de Mallorca"*.

TERCERO.- La primera imputación dirigida contra TRANSUNIÓN se refiere, como hemos visto, a su participación en el cártel del transporte escolar en las Illes Balears, participación que se habría prolongado al menos desde agosto de 2005 y hasta el curso escolar 2016/2017 .

Frente a ella son varios los argumentos que esgrime la actora en su demanda, si bien razones de sistemática procesal aconsejan analizar en primer lugar el relativo a la defectuosa definición del mercado geográfico, cuestión esta que ha sido planteada por la Sala al amparo de lo dispuesto en el artículo 33.2 de la Ley jurisdiccional en los restantes recursos interpuestos por las demás empresas sancionadas, y ello a la vista de lo alegado al respecto en los recursos números 324/17, 343/17, 352/17 y 362/17, presentados por otras empresas sancionadas en la misma resolución.

Al respecto expone TRANSUNIÓN en el correspondiente escrito de alegaciones los motivos por los que entiende que es incorrecta la definición del mercado geográfico que hace la CNMC y la relevancia que ello conlleva en cuanto a la posible imputación de la infracción.

Pues bien, sobre esta misma cuestión hemos dicho en la sentencia dictada en el recurso núm. 324/2017, en relación con otra de las empresas sancionadas por su participación en el mismo cártel, lo siguiente:

"Antes de dar respuesta a este motivo de impugnación, advertimos que en esta alegación la actora mezcla dos conceptos que, aunque puedan tener una aparente relación, merecen una respuesta distinta. No podemos confundir la definición geográfica del mercado afectado por la resolución sancionadora, que afecta directamente sobre la condición de competidores dentro de un cártel, con las particularidades geográficas de una determinada zona, en la que varios competidores optan, en función de unos determinados criterios, económicos, empresariales o estratégicos, por repartirse el mercado o prestar sus servicios, y si estas concretas circunstancias geográficas del territorio justifican el reparto entre competidores sin afectar la competencia.

Es el primero de los conceptos el que nos resulta relevante, y desde luego prioritario para la resolución de este litigio, puesto que la correcta o incorrecta configuración geográfica del mercado condiciona el ámbito y el perfil de los competidores dentro de ese mercado.

CUARTO.- Para dar una correcta respuesta a esta cuestión resultan determinantes dos aspectos. Primero, como ha definido el geográfico, la resolución sancionadora, y segundo, cuál es el concreto ámbito de actuación de la recurrente como competidor en el mercado.

En cuanto al primer punto, 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 CALDENTEY tiene su sede en Felanitx (Palma de Mallorca), se dedica al transporte de viajeros por carretera, en concreto, al transporte discrecional, regular y escolar. Está asociada a la FEBT a través de la Asociación de transporte regular de viajeros por carretera desde el 1 de abril de 1983, ocupando la administradora única de esta empresa el cargo de Secretaría de esta Asociación desde 1998, y de la Asociación Empresarial de transporte discrecional de viajeros por carretera desde el 1 de mayo de 1997, habiendo asistido a las reuniones y asambleas tanto del transporte discrecional como regular y escolar. En 2010, contaba con una flota de 12 autobuses con 562 plazas disponibles. Su importe de la cifra de negocios en 2014, según el Registro Mercantil, fue de 1.119.835 euros, facturando 64.087,04 euros por el servicio de transporte escolar gestionado por la Consejería de Educación Balear.

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

SEXO.- Realizadas las anteriores consideraciones, si nos atenemos a la previsión que hace nuestro Derecho doméstico, establece 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 a 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 colige, como no podría ser de otro modo dentro del marco del Derecho de la UE, que para que estemos ante una

infracción de competencia cometida a través de un cártel que tenga como actividad ilícita el reparto de mercado, se requieren dos presupuestos inescindibles, el de competidor y el de mercado.

Este binomio requiere la previa y correcta definición del mercado en ambas dimensiones, producto y geográfico, que alcance tintes determinantes cuando de ello depende la atribución de responsabilidad a una empresa por supuestos comportamientos anticompetitivos. En este sentido, la sentencia de 11 de diciembre de 2003 del Tribunal de Primera Instancia, asunto T-61/99, 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).

Como hemos visto, el análisis del mercado debe hacerse de manera pormenorizada y en cada caso concreto. En el supuesto que nos ocupa, define el mercado afectado como el de «[p]restación 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 transportista 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 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 estuvo en identificar la competencia administrativa del órgano licitador que sí se extendía a toda la Comunidad Autónoma con la realidad del mercado geográfico afectado a los efectos de la competencia.

SÉPTIMO.- De los anteriores fundamentos se desprende que 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 que para llegar a esta decisión se requiera que nos pronunciemos sobre el resto de los motivos invocados en el escrito de demanda".

La aplicación de este criterio debe conducir a la estimación del recurso también en este caso, pues es evidente que la incorrecta definición del mercado geográfico que advierte la sentencia transcrita alcanza a la conducta y participación de la entidad aquí recurrente.

En efecto, es incontrovertido que TRANSUNIÓN solo presta servicios de transporte escolar en la Isla de Mallorca.

El mercado geográfico que define la resolución, como vimos, es el de las Islas Baleares, sin otra precisión, por lo que no cabe sino concluir que dicha definición es incorrecta, con la consecuencia de que debe anularse la resolución en cuanto a la participación de la empresa actora en el cártel de transporte escolar.

CUARTO.- El Abogado del Estado, en las alegaciones formuladas en el trámite abierto conforme a lo dispuesto en el artículo 33.2 de la LJCA, mantiene que la delimitación exacta del mercado no resulta imprescindible a fin de acreditar una conducta prohibida por el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE cuando se ha



demostrado la existencia de dicha conducta, y cita en apoyo de este criterio la sentencia del Tribunal General de 28 de junio de 2016, en el asunto T- 208/13, así como otra de esta misma Sección de 30 de noviembre de 2013, recurso número 110/2012.

No obstante, y sin desconocer la doctrina que reflejan estos pronunciamientos, es lo cierto que en el caso analizado la dimensión geográfica de la conducta, limitada a la zona a la que nos hemos referido antes, tiene una relevancia mucho mayor pues determina que las empresas a las que se atribuye el reparto del mercado no sean en rigor competidores. Y ello no solo priva de efectos nocivos a esos acuerdos -lo que sería en principio insuficiente para excluir su responsabilidad, al tratarse de una infracción por el objeto-, sino que los hace devenir atípicos pues el reparto de mercado, conducta atribuida a la recurrente, solo puede convenirse entre empresas que compitan en dicho mercado. Teniendo en cuenta, además, que la antes citada Disposición Adicional Cuarta, apartado 2, de la Ley 15/2007, establece que "...se entiende por *cártel* todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consista en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado"; y que la misma resolución impugnada define la infracción como un *cártel* -alude literalmente al *Cártel del transporte escolar en las Illes Balears*, y en el apartado primero de su parte dispositiva se refiere a la infracción atribuida a TRANSUNIÓN como una "*infracción única y continuada que entra dentro de la definición de *cártel**".

La redacción de la parte dispositiva de la resolución recurrida, al describir las infracciones que sanciona y las conductas que las integran, así como las multa a imponer a las empresas responsables, determina que la incorrecta definición del mercado geográfico haya de extender sus efectos anulatorios también a la fijación de precios mínimos por cuanto:

- La resolución -apartado Primero- atribuye a la entidad actora la comisión de "*... 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...*". Infracción que califica de muy grave, prevista en el artículo 62.4.

- En su apartado Tercero, acuerda "*Imponer a las autoras responsables de la primera conducta infractora las siguientes multas: ...*".

Es decir, califica la infracción como única y continuada, derivada de la realización de dos conductas -fijación de precios mínimos y reparto de mercado-. Infracción de la que declara responsables a las empresas que relaciona a continuación, entre ella la recurrente.

Y al fijar la multa, acuerda imponerla "*... a las autoras responsables de la primera conducta infractora*".

Es evidente que la definición de la infracción en el apartado primero de la parte dispositiva de la resolución es consecuencia de la comisión de las dos conductas que describe en el mismo apartado. Sin embargo, cuando determina la multa que impone a cada una de las empresas lo hace aludiendo a la responsabilidad por la primera "conducta infractora".

Esta imprecisión resulta inadmisibles en un acuerdo de naturaleza sancionadora, en el que se han utilizado de manera indistinta los conceptos de infracción y conducta cuando del propio contenido de la resolución se desprende que la infracción es una -infracción única y continuada, muy grave, del artículo 62.4 de la LDC-, y las conductas típicas dos -fijación de precios y reparto de mercado, que se corresponden con los apartados 1.a) y 1.c) de la misma Ley 15/2007, respectivamente-. A pesar de lo cual, insistimos, la multa se impone por la "primera conducta infractora".

Procede, en atención a lo expuesto, la estimación del recurso y la anulación de la resolución recurrida en cuanto declara la responsabilidad de la actora por su participación en el *cártel* del transporte escolar y en cuanto a la sanción impuesta por dicha participación.

QUINTO.- Como veíamos, la CNMC atribuye también a TRANSUNIÓN MALLORCA, S.L., la participación en una infracción consistente en 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.

En concreto, "... por el acuerdo con ROIG BUS, desde marzo de 2013 y estando aún vigente, con efectos hasta 2017, para repartirse determinados servicios de transporte discrecional de viajeros en la zona del sureste de la isla de Mallorca (entre Colonia San Jordi y Cala D'Or). También, por los siguientes acuerdos: (i) con TRANSACOBQ, desde abril de 2011 hasta mayo de 2013 para repartirse los servicios de transporte discrecional demandados por determinados clientes en la zona norte y de Son Servera de la isla de Mallorca; (ii) con ULTRAMAR, a través de VIAJES SAN FRANCISCO, para repartirse los servicios de transporte discrecional desde o hasta el aeropuerto de Mallorca (shuttle), entre abril de 2011 y abril de 2013; (iii) con AUTOCARES PUJOL PALMER, desde abril de 2014 y



con vigencia hasta 2017 para repartirse los servicios de transporte discrecional demandados por determinados clientes en la zona sur de la isla de Mallorca; (iv) con AUTOCARES PUERTO POLLENSA, desde abril de 2012 para repartirse los servicios de transporte discrecional en la isla de Mallorca".

El ámbito geográfico de dicha infracción aparece en este caso restringido a la isla de Mallorca, y así lo expresa la resolución al señalar que las prácticas investigadas afectarían a la "... prestación del servicio de transporte discrecional, concretamente al de turistas y viajeros en excursiones y traslados en la isla de Mallorca", por lo que no resulta aplicable lo dicho y concluido en los fundamentos precedentes sobre la incorrecta definición del mercado geográfico.

Procede entonces analizar los motivos de la demanda que inciden sobre la validez de la resolución en cuanto a esta segunda imputación, comenzando por el que denuncia la caducidad del expediente sancionador al haberse excedido el plazo máximo que para su tramitación se establece en la LDC.

Razona al respecto la recurrente que dicho plazo, de dieciocho meses conforme al artículo 36.1, ha de computarse desde la incoación del expediente hasta la notificación de la resolución completa a la entidad incoada. Y terminaría el 15 de marzo de 2017, siendo así que TRANSUNIÓN accedió a la notificación telemática, tanto de la resolución de 9 de marzo de 2017 como del voto particular del día 14 siguiente, el 22 de marzo de 2017 y, por lo tanto, fuera del referido plazo de dieciocho meses.

La Sala, sin embargo, no comparte este criterio que desconoce:

- Que la exigencia de notificación debe entenderse cumplimentada desde que se produce la puesta a disposición del interesado del contenido de la resolución, lo que en este caso sucedió, telemáticamente, el 14 de marzo de 2017.

- El hecho de que el voto particular incorporado a la resolución se notificase después -el día 16 de marzo de 2017-, carece de la eficacia que le atribuye la entidad recurrente. Como expone el Abogado del Estado en la contestación a la demanda al referirse a esta cuestión, cuando se dictó la resolución se anunció el voto particular, que no se presentó entonces, sino transcurridas más de las 48 horas establecidas al respecto en el artículo 27.3 de la Ley 30/1992, aplicable *ratione temporae* a este procedimiento en atención a la fecha de su inicio. Por tanto, la Comisión procedió a notificar la resolución antes de que transcurriese el plazo máximo de duración del procedimiento, procurando con ello a la empresa sancionada el conocimiento del texto íntegro de la resolución que incorpora todo el contenido exigido por el artículo 38 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, cuyo apartado 1 establece que "*Las resoluciones del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia contendrán los antecedentes del expediente, los hechos probados, sus autores, la calificación jurídica y los fundamentos jurídicos de la decisión*", sin hacer mención alguna a los votos particulares como parte integrante de las mismas.

Tampoco puede prosperar la pretendida caducidad por la "incoación tardía del expediente" que invoca la actora al amparo de lo dispuesto en el artículo 49.1 de la LDC.

Razona en este sentido que la aplicación de este precepto obligaba a la Dirección de la Competencia a dictar el acuerdo de incoación del expediente sancionador -frente a las empresas inspeccionadas- tras la práctica de las inspecciones en fecha 23 de abril de 2014, sin perjuicio de la facultad de ampliar posteriormente la incoación del expediente frente a otros sujetos responsables, siendo así que la incoación no se produjo hasta el mes de agosto de 2015, por lo que se habría "... *desnaturalizado la finalidad de la Información Reservada, practicándose auténticos actos de instrucción al amparo de una pretendida e indebidamente dilatada información reservada*", con infracción de los artículos 49 y 50 de la LDC.

Sin embargo, y con independencia de otras consecuencias que pudieran seguirse del incumplimiento de lo dispuesto en estos preceptos, la caducidad se produce por la superación del plazo máximo que para resolver el procedimiento establece el mencionado artículo 36.1 de la LDC, el cual fija como *dies a quo* el del dictado del acuerdo de incoación. Plazo de dieciocho meses que, conforme a lo antes razonado, no se superó.

SEXTO.- Argumenta TRANSUNIÓN que las órdenes de investigación y las correspondientes investigaciones llevadas a cabo al amparo de las mismas son nulas de pleno derecho por cuanto "... *no acotan en forma debida el objeto de la inspección, ni la ciñen a los extremos a los que ésta debió ceñirse, sino que la amplían de forma indebida a lo que constituye prácticamente toda la actividad de mi representada, TRANSUNIÓN MALLORCA, SL, de forma que las Órdenes consisten en una referencia de tipo más subjetivo que fáctico*". Pone de relieve que la solicitud de exención de la que trae causa el expediente sancionador, y que fue presentada por AUTOCARES ALCAS, S.L, aludía exclusivamente a un reparto de la licitación del transporte escolar de 2013 por parte de una serie de empresas de transporte de viajeros, con la colaboración de la FEBT, pero no hacía referencia alguna a prácticas anticompetitivas en el transporte discrecional, de tal manera que la inspección sólo podría producir efectos en relación con el transporte regular de uso especial, pero en ningún caso con prácticas

anticompetitivas en el transporte discrecional, por lo que serían nulas las pruebas obtenidas en la inspección en relación con dicho transporte discrecional.

Se remite en este punto a lo dispuesto en los artículos 49.2 LDC y 13.3 RDC, así como a los artículos 18, apartados 2 y 3, de la Constitución, y 8 del CEDH, que considera vulnerados.

Rechaza además que las prácticas denunciadas puedan tener cobertura bajo la doctrina del hallazgo casual pues, conforme a la jurisprudencia que cita, esa doctrina solo es aplicable a los casos en los que el hallazgo se produzca con ocasión de una inspección realizada en forma "idónea y proporcionada", lo que, a su juicio, no ocurriría en este supuesto.

El análisis de este motivo exige partir de una primera e importante consideración: la suficiencia de la concreción de la Orden recurrida solo puede precisarse con referencia a la lesión del derecho invocado, al no contar con otros parámetros que permitan determinarla. Es decir, la Orden será suficientemente precisa en la medida en que no pueda afirmarse que, por no incorporar un contenido mínimo, con la inspección se ha vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio que garantiza el invocado artículo 18.2 de la Constitución, o el derecho a la defensa garantizado en el artículo 24.2.

En efecto, el artículo 40.2, párrafo segundo, de la Ley 15/2007, se limita a disponer que *"A estos efectos la persona titular de la Dirección de Competencia dictará una orden de inspección que indicará los sujetos investigados, el objeto y la finalidad de la inspección, la fecha en que dará comienzo y hará referencia a las sanciones previstas en esta ley, para el caso de que las entidades o sujetos obligados no se sometan a las inspecciones u obstruyan por cualquier medio la labor de inspección, así como al derecho a recurrir contra la misma"*.

Por su parte, 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, establece en parecidos términos que *"El personal autorizado para proceder a una inspección ejercerá sus poderes previa presentación de una autorización escrita del Director de Investigación que indique el objeto y la finalidad de la inspección, los sujetos investigados, los datos, documentos, operaciones, informaciones y otros elementos que hayan de ser objeto de la inspección, la fecha en la que la inspección vaya a practicarse y el alcance de la misma. La autorización escrita incluirá, asimismo, las sanciones previstas en la Ley 15/2007, de 3 de julio, para el caso de que las empresas no se sometan a las inspecciones u obstruyan por cualquier medio la labor de inspección de la Comisión Nacional de la Competencia"*.

Ninguno de dichos preceptos especifica, por tanto, un contenido concreto de la Orden más allá de exigir que la misma indique el objeto y finalidad de la inspección.

En el caso que nos ocupa, la Orden de Investigación señalaba, literalmente, que dicho objeto consistía en constatar la existencia de *"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 del reparto de clientes y de fijación de precios en el territorio de las Islas Baleares"*,

Es indudable que reflejaba entonces tanto el objeto como la finalidad de la inspección en los términos generales en que lo exigen los preceptos transcritos.

Por otra parte, la misma resolución pone de relieve que las inspecciones se ordenaron de acuerdo con la información aportada por el solicitante de exención, no miembro de la FEBT, lo que determinó que en la Orden de investigación se hiciera referencia al transporte discrecional y a las licitaciones públicas del transporte de viajeros en las Illes Balears, sin especificar el segmento del transporte escolar *"... ya que éste no se diferenciaba en la información disponible en ese momento respecto de la organización y funcionamiento de la FEBT y de las posibles empresas implicadas. Como puede constatar por los términos de referencia utilizados en las inspecciones -facilitados a las inspeccionadas al finalizar la inspección-, la CNMC hizo una búsqueda activa únicamente de los hechos descritos en la solicitud de exención, y por tanto en absoluto masiva o indiscriminada, como se señala en las alegaciones de algunas de las empresas incoadas"*. Y añade que *"Fue tras haber recabado de forma casual el borrador de contrato entre ROIG BUS y TRANSUNIÓN de marzo de 2013 en la inspección de ROIG BUS, que se requirió información a algunas de las incoadas respecto de la posible formalización de contratos en el ámbito de la prestación de servicios de transporte discrecional en la isla de Mallorca así como al Ministerio de Fomento y a la Consejería de Territorio, Energía y Movilidad de las Illes Balears. Y fue la información facilitada en contestación a dichos requerimientos de información -sin que conste ninguna otra información recabada en las inspecciones realizadas, pues dicha información no fue objeto de búsqueda, pues se desconocía la constitutiva de elementos de prueba que han permitido acreditar la adopción de acuerdos bilaterales entre determinadas empresas transportistas para el reparto de los servicios de prestación de transporte discrecional en Mallorca"*.



Explicación plausible frente a la cual no existe prueba alguna en contrario, teniendo en cuenta que la propuesta por la actora, y admitida en estos autos, no guarda relación alguna con esta cuestión.

Por lo demás, la virtualidad del hallazgo causal y el valor probatorio de lo encontrado tiene en este caso respaldo en la validez de la inspección y en la suficiente concreción de la Orden de Investigación en los términos que hemos expuesto, y ello a la vista de la doctrina que resulta de las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2019, recurso núm. 578/18, o de 26 de febrero de 2019, recurso núm. 2593/18, que rechazaron la eficacia del pretendido hallazgo casual precisamente porque la Orden de Investigación carecía en los casos enjuiciados de "virtualidad habilitante" por razón de su inconcreción. Lo que no sucede, insistimos, aquí.

SÉPTIMO.- Afirma TRANSUNIÓN que se han infringido los artículos 33.1 y 34.1 del RDC al habersele denegado las pruebas propuestas en el expediente administrativo. Motivo que cabe enlazar con el siguiente de los recogidos en la demanda, que refiere la vulneración del apartado 2 del mismo artículo 34 del Reglamento por cuanto el informe al que alude dicho precepto no incluyó las alegaciones formuladas por las incoadas a la propuesta de resolución.

Ambos motivos los relaciona con la indefensión producida, e invoca al respecto el artículo 24.2 de la Constitución.

Sobre ello ha de decirse que es constante jurisprudencia la que declara que los defectos de prueba solo pueden determinar la anulación del acto cuando hayan generado efectiva indefensión.

Así, y acerca de la indefensión derivada de no haberse admitido la prueba en el curso del expediente administrativo, el Tribunal Supremo, en sentencia de 2 de noviembre de 2015, se remite a la doctrina del Tribunal Constitucional recogida en las sentencias 37/2000, 19/2001 y 133/2003 en relación con el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, y dice que tal derecho "... se integra por el poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso, de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto objeto del proceso. Se trata de un derecho no absoluto, que no se ve menoscabado por la inadmisión de una prueba en aplicación estricta de las normas legales (SSTC 1/1996 y 246/2000), y no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba conduce a entender producida una lesión en el meritado derecho de defensa, sino solo cuando comporta una efectiva indefensión (SSTC 246/2000 y 35/2001). Se observa, por tanto, que la vulneración del derecho fundamental exige dos circunstancias, por un lado, la denegación inmotivada o mediante una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable, y por otro lado, que dicha denegación ocasione efectiva indefensión, lo que ocurrirá cuando la prueba denegada o impracticada sea decisiva en términos de defensa, correspondiendo al recurrente la carga de alegar y fundamentar la relevancia de las pruebas no practicadas. A lo que se añade la exigencia del artículo 88.2 de la Ley de la Jurisdicción de haber pedido la subsanación de la falta o transgresión en la instancia, de existir momento procesal oportuno para ello".

La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2013, recurso núm. 4934/2009, se pronuncia también sobre el alcance del derecho de defensa y la denegación de prueba oportunamente solicitadas. Y si bien lo hace en relación al proceso judicial, en la medida en que en los procedimientos administrativos sancionadores está en juego también el artículo 24 de la Constitución, sus consideraciones son aplicables también a la prueba denegada en vía administrativa, y remiten a un análisis sobre la incidencia que esa denegación pudiera tener sobre el derecho a la defensa de la parte proponente y, en relación con ello, sobre la motivación suficiente de la denegación.

En el caso que enjuiciamos, no hay constancia de la pretendida indefensión, ni se vincula de manera concreta la denegación de un determinado medio de prueba con la vulneración del derecho a la defensa. Téngase en cuenta, además, que la prueba solicitada en el curso de este proceso -admitida y practicada- es la prueba documental y pericial que se especifica en la demanda, que versaba sobre una sola de las sanciones impuestas a la recurrente, la relacionada con su participación el cártel del transporte escolar, que procede anular en los términos antes expuestos.

Por lo demás, y en cuanto a la no inclusión de las alegaciones de la recurrente en el informe que había de ser elevado junto a la propuesta de resolución como exigiría el artículo 34.2 del RDC, no determina tampoco, como pretende TRANSUNIÓN, la nulidad de la resolución pues es a lo sumo una infracción procedimental que no conlleva la nulidad de lo actuado. Baste recordar al respecto que el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 30 de noviembre, y hoy el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, condicionan la nulidad por causa de defectos procedimentales a que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido, supuesto al que se equipara la omisión de trámites esenciales, vinculándolo en estos casos a la causación de indefensión efectiva.



Nada de este se ha producido en este caso, por lo que no es posible anular la resolución por este motivo.

OCTAVO.- A juicio de la demandante, resultarían legales los acuerdos de colaboración o intermediación entre transportistas al amparo de la legislación sectorial de transportes, por lo que la conducta sancionada no sería constitutiva de infracción.

Para llegar a esta conclusión examina la legislación aplicable y la evolución que ha experimentado esta, con referencia a la redacción original del artículo 97.1 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, al artículo 121 del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, que aprueba el Reglamento de la misma, modificado por el Real Decreto 1830/1999, de 3 de diciembre, y a la modificación de la Ley 16/1987 operada por la Ley 9/2013, de 4 de julio.

Recordemos que la imputación que la resolución hace a TRANSUNIÓN por la tercera infracción descrita en el apartado primero de su parte dispositiva, y que consistía en la adopción de acuerdos bilaterales de reparto de los servicios de transporte discrecional de viajeros demandados por determinados clientes en determinadas zonas de la isla de Mallorca, de diversa duración, se concreta en el acuerdo con ROIG BUS, desde marzo de 2013 y estando aún vigente, con efectos hasta 2017, para repartirse determinados servicios de transporte discrecional de viajeros en la zona del sureste de la isla de Mallorca (entre Colonia San Jordi y Cala D'Or). Y, además, en los siguientes acuerdos: (i) con TRANSACOBO, desde abril de 2011 hasta mayo de 2013, para repartirse los servicios de transporte discrecional demandados por determinados clientes en la zona Norte y de Son Servera de la isla de Mallorca; (ii) con ULTRAMAR, a través de VIAJES SAN FRANCISCO, para repartirse los servicios de transporte discrecional desde o hasta el aeropuerto de Mallorca (shuttle), entre abril de 2011 y abril de 2013; (iii) con AUTOCARES PUJOL PALMER, desde abril de 2014 y con vigencia hasta 2017, para repartirse los servicios de transporte discrecional demandados por determinados clientes en la zona sur de la isla de Mallorca; y (iv) con AUTOCARES PUERTO POLLENSA, desde abril de 2012 para repartirse los servicios de transporte discrecional en la isla de Mallorca.

En rigor, en la demanda no se cuestiona la existencia de tales acuerdos, si bien se afirma que *"La colaboración entendida en el más amplio sentido- entre empresas dedicadas al transporte discrecional de viajeros no sólo no está prohibida, sino que está expresamente reconocida, autorizada y completamente liberalizada actualmente, constituyendo en este sector una práctica común, habitual y del todo necesaria"*.

Sustenta esa afirmación en lo dispuesto en el artículo 121 del mencionado Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, en la redacción dada por el también citado Real Decreto 1830/1999, de 3 de diciembre, según el cual *"La contratación de la colaboración de otros transportistas debidamente autorizados, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 de la LOTT, que lleve a cabo una empresa para atender las demandas de transporte discrecional de mercancías que reciba de sus clientes no podrá exceder en ningún momento concreto del 100 por 100 de la capacidad de transporte propia, medida por el número de vehículos"*, del cual destaca que suprime, respecto a su versión anterior, la única limitación cuantitativa antes prevista para el transporte discrecional de viajeros (que fijaba un límite del 40 por ciento del total de las demandas de porte), y la duración máxima de los contratos temporales de colaboración en el transporte de mercancías (duración continuada en su ejecución no superior a tres meses).

Además, incide en la significación de la reforma de la LOTT operada por la Ley 9/2013, de 4 de julio, al derogar el artículo 97 de la misma y dar una redacción al artículo 99.1 que dispone tras esta reforma que *"La autorización de transporte público de viajeros habilita tanto para realizar transportes de esta clase, en las condiciones señaladas en el artículo 54, como para intermediar en su contratación"*, que supondría que los transportistas autorizados pueden dedicarse a la intermediación de la contratación del transporte sin necesidad de contar con autorización adicional o específica, cuando antes esa actividad estaba reservada a las agencias de viajes.

Tras referirse a las numerosas infracciones en materia de transporte tipificadas en los artículos 197, 198 y 199 del ROTT -hasta un total de 254, dice-, destaca que la conducta atribuida a TRANSUNIÓN no encaja en ninguna de ellas.

Y de todo lo anterior concluye que "...la colaboración entre transportistas dedicados al transporte discrecional de viajeros: 1) no está prohibida en modo alguno; 2) ha sido liberalizada plenamente; y 3) ha quedado englobada, en cuanto a su marco de regulación, en el concepto de intermediación y sin sujeción a limitación alguna".

Tampoco infringirían, a su juicio, la LDC por cuanto los acuerdos de colaboración o intermediación entre transportistas no son, por propia naturaleza, contrarios al juego normal de la competencia y, en todo caso, podrían suponer una infracción por efectos, no por objeto, sin que se haya acreditado la causación de perjuicios en el mercado.

Entiende la Sala, sin embargo, que los argumentos expuestos no consiguen desvirtuar las razones que evidencian la comisión de la infracción sancionada.



En efecto, es necesario poner de manifiesto que, como razona la resolución misma, no se imputa a TRANSUNIÓN, ni al resto de las empresas sancionadas por esta infracción, una colaboración puntual en forma de subcontratación ante la imposibilidad de prestar de manera coyuntural determinados servicios de transporte discrecional con sus propios medios, por la estacionalidad e irregularidad de los servicios de transporte de viajeros prestados en localizaciones turísticas; sino que la imputación se centra en la adopción de otro tipo de acuerdos, concluidos entre empresas competidoras de transporte de viajeros, mediante los que se repartían la prestación de los servicios de transporte discrecional referidos a determinados clientes o zonas geográficas de la isla de Mallorca. Y ello en períodos que abarcaban varios años y, en ocasiones, en condiciones de exclusividad, lo que no encontraría la justificación pretendida de que obedecían a picos de demanda no previstos.

Pero es que, frente a lo aducido por la empresa recurrente en relación con el alcance e interpretación que ha de darse a la normativa de transportes que invoca, es lo cierto que el artículo 54.1 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, modificado por la Ley 9/2013, de 4 de julio, impone con carácter general que *"Quienes contraten una operación de transporte como porteadores deberán llevarla a cabo a través de su propia organización empresarial"*, y solo exceptúa de tal exigencia a *"... 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"*. Estos dos supuestos de colaboración no son aplicables en el caso que enjuicamos, en el que se trata de transporte discrecional de viajeros, siendo así que el artículo 76 se incardina en la Sección Primera, que lleva por rúbrica *Los transportes públicos regulares permanentes de viajeros de uso general*, del Capítulo II, referido a *Los transportes públicos regulares de viajeros*, del TÍTULO III, sobre los servicios y actividades del transporte por carretera; y el artículo 89.2, en la Sección Segunda del referido capítulo, sobre *Transportes regulares temporales y de uso especial*.

No hay previsión normativa alguna acerca de la posibilidad llevar a cabo, por tanto, acuerdos de colaboración como los suscritos en el transporte discrecional de viajeros. Y es que, si se analiza el contenido de los acuerdos, es claro que lo pretendido era planificar los servicios a prestar y el reparto, con carácter exclusivo, de los servicios de transporte discrecional en la isla de Mallorca por períodos de tiempo que, en el caso de la recurrente, comprendían varios años: con ROIG BUS, desde marzo de 2013, manteniendo su vigencia a la fecha de incoación del expediente; con TRANSACOB, desde abril de 2011 hasta mayo de 2013; con ULTRAMAR, a través de VIAJES SAN FRANCISCO, desde abril de 2011 y hasta abril de 2013; con AUTOCARES PUJOL PALMER, desde abril de 2014; y con AUTOCARES PUERTO POLLENSA, desde abril de 2012.

Además, el contenido de los acuerdos es significativo en cuanto al alcance y el efecto limitativo de la competencia, tal y como resulta de la literalidad de los contratos. Ejemplo de ello lo encontramos en el firmado con AUTOCARES ROIG (folios 9211 y 9212, recabado en la inspección de ROIG BUS), donde se dice que *"1- Transunion contratara en exclusiva los transfers de Thomas Cook AG (N.U.R.) de la zona que abarca desde Colonia San Jordi hasta Punta Reina desde 1 Abril 2009 hasta 31 Octubre 2009 y por otra parte Autocares Roig contratara en exclusiva los transfers de Thomas Cook S.E. para la zona de Alcudia por el mismo periodo de tiempo..."*; o con TRANSCOB (folios, 1701 y 1702, aportados por la entidad recurrente en contestación al requerimiento de información) donde se acuerda que *"1º TRANSUNION realiza los servicios de traslados y excursiones , de la zona Norte , para Thomas Cook Northern Europe 2º TRANSUNION realiza para Viajes Formentor, los servicios de excursiones para los denominados "Barcos Americanos" 3º TRANSUNION cede y TRANSACOB acepta el poder realizar los servicios mencionados en el apartado 1º y 2º de este acuerdo, durante la temporada 2011. 4º Este acuerdo que tiene una duración de un año, empieza el 1 de mayo de 2011 y termina el 31 de marzo de 2012. No obstante, a la finalización del mismo podrá ser prorrogado, de común acuerdo entre ambas partes, por períodos de idéntica duración. 5º Los precios que regirán para la facturación de los servicios mencionados se detallan en hoja adjunta y que pasa a formar parte íntegra de este acuerdo..."*.

Otros ejemplos los encontramos a los folios 1704 a 1708 -contrato de la entidad actora con AUTOCARES PUJOL PALMER, con una duración de tres años prorrogables-, a los folios 10713 a 10751 -contrato suscrito con AUTOCARES PUERTO POLLENSA, de un año de duración también prorrogable- y a los folios 10752 y siguientes - contrato firmado con ROIG BUS, en el que literalmente se acuerda que *"Que la sociedad ROIG BUS S.A. realizará todos los servicios de transporte en exclusiva, cuando el número de pasajeros transportados sea igual o inferior a 20, de TRANSUNION MALLORCA S.L. comprendidos entre la Colonia de San Jordi y Cala Mandía en los periodos que van entre el 1 de Marzo de 2013 al 28 de Febrero de 2016..."*.

La literalidad de estos contratos revela un verdadero reparto bilateral de mercado que va mucho más allá de un mero acuerdo de colaboración puntual u ocasional que pudiera estar motivado por aumentos estacionales de la demanda, y su incardinación en el artículo 1 de la LDC no ofrece ninguna duda a esta Sala en atención a su verdadero alcance.



NOVENO.- A juicio de la recurrente, resulta aplicable la exención del artículo 4.1 de la LDC pues los contratos de colaboración estarían otorgados al amparo de una Ley, concretamente al amparo del art. 99.1 LOTT en su redacción dada por la Ley 9/2013.

Y, además, se estaría en el caso del artículo 1.3 de la misma Ley, para lo cual argumenta TRANSUNIÓN que *"El dimensionamiento de las empresas para satisfacer esos picos de demanda en un mercado como el del transporte discrecional en Baleares (totalmente dependiente del turístico) es un sinsentido económico y empresarial que llevaría a una estructura de costes inasumible, que debería repercutirse en los clientes mediante el correspondiente incremento de precios: es, precisamente, en este sentido en el que los contratos otorgados suprimiendo barreras operativas suponen un beneficio para el consumidor"*.

Por último, niega la existencia del elemento subjetivo en la conducta de TRANSUNIÓN pues no habría actuado con dolo ni culpa, y sí al amparo del principio de confianza legítima que propiciaba la redacción del artículo 99.1 de la LOTT .

Respecto de lo primero, baste lo ya dicho en el fundamento anterior: la LOTT no habilita en absoluto a la entidad a concluir los contratos reseñados en cuanto suponen un verdadero reparto bilateral del mercado del transporte discrecional de viajeros en la isla de Mallorca. Además, el invocado artículo 99.1 de la LOTT establece que *"La autorización de transporte público de viajeros habilita tanto para realizar transportes de esta clase, en las condiciones señaladas en el artículo 54, como para intermediar en su contratación. No obstante, los titulares de dicha autorización únicamente podrán prestar alguna de las formas de transporte regular de viajeros definidas en esta ley cuando se cumplan las condiciones legal y reglamentariamente señaladas para ello"*. Y ya hemos visto la interpretación que ha de darse al referido artículo 54.

En cuanto a la posibilidad de subsumir el comportamiento de la recurrente en el artículo 1.3 de la LDC, la misma TRANSUNIÓN la relaciona con la consustancial existencia de picos de demanda en un mercado *"...como el del transporte discrecional en Baleares totalmente dependiente del turístico"*. Lo que colisiona directamente con el hecho contrastado de la duración de los denominados contratos de colaboración, que se extiende por períodos incluso superiores al año, y que de ninguna manera coincide, ni se limita, a esos momentos de mayor intensidad de la demanda.

Por último, no puede decirse que la empresa actora no actuase de manera culpable a la vista del contenido de los acuerdos suscritos y de las concretas cláusulas incorporadas que precisaban los servicios cedidos, la duración y aun los precios a facturar por los mismos. Acuerdos que no podían interpretarse sino como un verdadero reparto de mercado, y cuya ilicitud no es concebible que fuera desconocida por una empresa del sector. En definitiva, no podemos asumir que TRANSUNIÓN actuase con el error de prohibición que invoca, a lo que contribuye además que no se ha tratado de una conducta puntual, sino reiterada en el tiempo, que podría haber corregido con una elemental diligencia antes de prolongarla durante años, habiendo declarado al respecto el Tribunal Supremo que *"... la reiteración de la conducta infractora por la recurrente y su mantenimiento durante un dilatado periodo temporal son factores que abonan, al menos, la existencia de negligencia"* (STS 13 de diciembre de 2012, recurso núm. 5301/2009).

DÉCIMO.- Por último, se denuncia en la demanda la falta de motivación de la sanción y se cuestiona la proporcionalidad de la multa impuesta.

Pues bien, ha de decirse que el sistema seguido aquí por la CNMC para cuantificar las multas es el mismo que ha aplicado en otros casos análogos y que ha sido ya enjuiciado por esta Sala en pronunciamientos anteriores; y tiene su origen en el criterio fijado por el Tribunal Supremo en sentencia de 29 de enero de 2015, recurso núm. 2872/2013, en la que se entiende que la expresión "volumen de negocios total" del artículo 63.1 de la LDC, como base sobre la que calcular el porcentaje de multa establecido para cada tipo de infracción (hasta un 10% para las muy graves, hasta un 5% para las graves y hasta un 1% para las leves), toma como referencia el volumen de negocios de todas las actividades de la empresa y no exclusivamente el correspondiente al mercado afectado por la conducta.

A partir de ahí, el Tribunal Supremo rechaza la concepción de los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC como "umbrales de nivelación" (o "límites extrínsecos", como los denomina el Tribunal Supremo en la sentencia) seguida hasta entonces por la CNMC y reflejada en la *Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1 , 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea* (actuales artículos 101 y 102 del TFUE), publicada en el BOE el 11 de febrero de 2009. Considerando que tales porcentajes deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben concretarse tomando en consideración los factores enumerados en el artículo 64.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, entre ellos la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, su duración, o los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la misma.



Razona la resolución que la infracción analizada se califica como muy grave, a la que se asocia una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de los infractores en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de las sanciones, esto es, 2016, y recuerda que, con arreglo a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, dicho 10% marca el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica, por lo que dicho porcentaje, el 10%, debe reservarse como respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría. En consecuencia, analiza a continuación los factores que han de determinar el porcentaje que, con ese límite máximo, resulta oportuno aplicar en cada caso.

En esa labor, pone de manifiesto que existen factores que permiten considerar la gravedad de la conducta y así señala que "... *El reparto entre las empresas de las rutas y clientes para la prestación de los servicios de transporte discrecional supuso de hecho la eliminación de la competencia respecto a una parte sustancial de la prestación de los servicios de transporte discrecional en la isla de Mallorca...*"; alude a su incidencia en el sector turístico, que califica como "... *muy relevante para la economía de la isla, especialmente en los meses de mayor afluencia de visitantes*"; y destaca que hay que tener en cuenta que "... *se ha acreditado que los acuerdos eran concluidos por las infractoras para su aplicación a lo largo de un periodo de tiempo, a veces plurianual, lo que supone que contactaban varias veces al año para actualizar los términos de los acuerdos o llegar a nuevos acuerdos*".

Y es a partir de ello como, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, el conjunto de factores le permite concretar, dentro de la escala legal que discurre desde el importe mínimo hasta el 10% del volumen total de negocios de cada sujeto responsable, el tipo sancionador global de este expediente en el 3,30%, sin perjuicio de los ajustes que pudieran proceder atendiendo a la particular situación de cada empresa.

A continuación, expone los criterios de valoración de la conducta, entre ellos la participación en cada una de las conductas anticompetitivas detectadas, e individualiza las multas tomando en consideración, como factor determinante y de acuerdo con el artículo 64.1.a) y 64.1.d) de la LDC, la dimensión de la actuación de la empresa en el mercado afectado por la infracción. A tal efecto, incluye un cuadro en el que refleja el volumen de negocios de cada una de las incoadas en el mercado afectado, asignándole una cuota de participación en la conducta (33,6%, en el caso de TRANSUNIÓN).

Sobre esta base, justifica la no aplicación de agravantes ni atenuantes. Y determina el tipo sancionador a imponer a cada una de las entidades infractoras, para lo cual atiende a las características de la conducta colusoria y a la concreta participación de la empresa en la comisión de la infracción, así como al beneficio ilícito potencial, y pone de relieve que "... *la sanción resultante para todas ellas es muy inferior a sus respectivos límites de proporcionalidad*".

Entiende la Sala que estas pautas interpretativas son, en efecto, clara consecuencia de la doctrina del Tribunal Supremo, sin que en aplicación de la misma la resolución haya incurrido en la falta de motivación o desproporción que denuncia la parte recurrente.

En cuanto a la motivación insuficiente, baste lo que hemos expuesto sobre los parámetros tenidos en cuenta por la CNMC para cuantificar la sanción, que ha fijado el porcentaje sancionador sobre la base de graduación que proporcionan los criterios contemplados en el artículo 64.1 de la LDC, además de precisar que la infracción acreditada cometida por la entidad actora es una infracción muy grave prevista en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Como decimos, hay una referencia expresa a la configuración del mercado afectado de tal modo que las pautas a las que se refiere el Tribunal Supremo - gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado afectado, efectos producidos, participación en la conducta de las infractoras, ausencia de agravantes o atenuantes, consideración de la cuota en el mercado relevante- llevan a la CNMC a valorar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, lo que denomina la densidad antijurídica de la conducta y a concretar el tipo sancionador que corresponde a cada empresa infractora, que en el caso de la demandante es del 4,60%.

Por tanto, no puede decirse que la determinación de la sanción no resulte motivada atendiendo a la doctrina que sobre esta cuestión acoge nuestra jurisprudencia, y así en sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2006, recurso núm. 466/2003, donde afirma lo siguiente:

"La exigencia de motivación de los actos administrativos constituye una constante de nuestro ordenamiento jurídico y así lo proclama el art. 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (antes, art. 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958), teniendo por finalidad la de que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución de la Administración, con el fin, en su caso, de poder rebatirlos en la forma



procedimental regulada al efecto. Motivación que, a su vez, es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad enunciados por el apartado 3 del art. 9 CE de la Constitución y que también, desde otra perspectiva, puede considerarse como una exigencia constitucional impuesta no sólo por el art. 24.2 CE sino también por el art. 103 (principio de legalidad en la actuación administrativa). Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo Europeo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000 incluye dentro de su artículo 41, dedicado al "Derecho a una buena Administración", entre otros particulares, "la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones".

Ha de insistirse en que, en el caso que nos ocupa, las razones expuestas en la resolución dan cumplida respuesta a la exigencia a que se refiere el Tribunal Supremo, siendo así que la resolución indica, en aplicación estricta del artículo 64 de la Ley 15/2007, los criterios tenidos en cuenta para fijar el tipo sancionador aunque no cuantifique el porcentaje exacto que a cada uno corresponde sin que ello se traduzca en falta de motivación pues, como recuerda la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, asunto C-194/14 P, AC-Treuhand AG "a la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa (véase, en este sentido, en particular la sentencia Telefónica y Telefónica de España/Comisión, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, apartado 181)."

Por tanto, ni hay falta de motivación, ni se han ignorado los artículos 63 y 64 de la LDCA al cuantificar la multa, ni se ha producido, en fin, infracción alguna de los principios de graduación y proporcionalidad a que se refiere la empresa demandante.

Y sin que la afirmación que hace la demandante de que se "Agrava la pena al tomar como base para la aplicación del límite porcentual del artículo 63.1 LDC la facturación del año 2016 en lugar de la facturación del año 2015, con lo que la sanción se agrava por la paralización de toda actividad administrativa por más de un año, de forma que el principio de proporcionalidad obligaba a tomar como base la facturación del año 2015", pueda ser tomada en consideración, pues la consecuencia que prevé la norma por el transcurso de un plazo excesivo en la tramitación del expediente es su caducidad, y esta no se ha producido, como vimos antes.

En todo caso, la aplicación del volumen de negocios del año 2016 para el cálculo de la multa no es sino directa aplicación del artículo 63 de la propia LDC.

UNDÉCIMO.- Procede, en atención a cuanto hemos razonado, la estimación parcial del recurso y la anulación de la resolución recurrida tan solo en cuanto declara la responsabilidad de TRANSUNIÓN, y la sanciona, por su participación en el cártel del transporte escolar, al ser en estos extremos contraria a Derecho. Lo que determina que no se haga expresa imposición de costas en aplicación de lo prevenido para estos supuestos en el artículo el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

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

FALLAMOS

1.- Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora D^a Alicia Casado Deleito en nombre y representación de **TRANSUNIÓN MALLORCA, S.L.**, contra la resolución de 9 de marzo de 2017, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente NUM000 TRANSPORTE BALEAR DE VIAJEROS, mediante la cual se le impusieron dos sanciones de multa de 513.500 euros y 1.834.861 euros.

2.- Anular la referida resolución en cuanto a la declaración de responsabilidad y a la sanción de multa de 513.500 euros impuesta a la entidad actora por la infracción consistente en la conclusión de 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, al no ser en este concreto extremo ajustada a Derecho.

3.- Sin hacer expresa imposición de costas.

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.