



Roj: **SAN 2123/2022 - ECLI:ES:AN:2022:2123**

Id Cendoj: **28079230062022100241**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **09/05/2022**

Nº de Recurso: **329/2017**

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:0000329 /2017

Tipo de Recurso:PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General:02736/2017

Demandante:ROIG BUS, S.A.

Procurador:Dª SHARON RODRÍGUEZ DE CASTRO RINCON

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:

Dª. 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. 329/17 promovido por la Procuradora Dª Sharon Rodríguez de Castro Rincón en nombre y representación de **ROIG BUS, S.A.** , 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 93.100 euros y 382.289 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, "... (i) anule 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 en el Expediente NUM000 - TRANSPORTE BALEAR DE VIAJEROS y, (ii) de manera subsidiaria, se declare la disconformidad a Derecho de las sanciones impuestas a Roig Bus y, en consecuencia, anule las sanciones, no imponiendo sanción alguna o las sustituya por una sanción que cumpla con el principio de proporcionalidad".

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 16 de febrero 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 aun 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. ROIG BUS, S.A., por su participación en una infracción única y continuada constitutiva del cártel del transporte escolar en las Illes Balears al menos desde octubre de 2004, estando aún vigentes los efectos de dicho cártel, pues los contratos derivados de la licitación de 2013 se mantienen hasta el curso escolar 2016/2017. Además, por el acuerdo con ULTRAMAR 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) desde el 1 de febrero de 2009 hasta el 30 de abril de 2016 y por el acuerdo adoptado con TRANSUNIÓN 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) desde marzo de 2013 y estando aún vigente, con efectos hasta 2017.

(...)

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



(...)

30. ROIG BUS, S.A., 93.100 euros

(...)

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

(...)

4. ROIG BUS, S.A., 382.289 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 cartel 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 cartel 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 FEDERACIÒN EMPRESARIAL BALEAR DE TRANSPORTES (FEBT) y de las empresas TRANSACOBÒ, S.L. (TRANSACOBÒ), TRANSUNIÒN MALLORCA, S.L. (TRANSUNIÒN) 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 CALDENTEY, 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), TRANSACOBÒ, S.L., TRANSUNIÒN MALLORCA, S.L., ROIG BUS, S.A., ULTRAMAR y D. Segundo (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., AUTOLÌNEAS 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.ROMERÌAS, 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, ROIG BUS, S.A., como una empresa con sede en Cala D'Or, Santanyí, Palma de Mallorca, cuyo objeto social es, desde su fundación en 1977, el transporte de viajeros, y que entre 2002 y 2014 realizó actividades de transporte discrecional de viajeros fundamentalmente trasladados a aeropuertos y hoteles), transporte regular de uso especial (transporte escolar) a través de licitaciones públicas, arrendamiento de vehículos con conductor, y servicios de transporte para otras empresas de transporte cuando por insuficiencia de flota requieren vehículos adicionales, en régimen de colaboración. Además, destaca que su cuota de mercado en las Illes Balears sería en el transporte discrecional del 6% y en el transporte escolar del 2%, que está asociada a la Asociación Empresarial del Servicio Discrecional de Viajeros por carretera de Baleares, y que el importe de la cifra de negocios publicado en el Registro Mercantil correspondiente al ejercicio 2014 fue de 8.979.905 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 mismos, 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 octubre de 2004, estando aún vigentes los efectos de dicho cártel, pues los contratos derivados de la licitación de 2013 se mantienen hasta el curso escolar 2016/2017. Además, por el acuerdo con ULTRAMAR 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) desde el 1 de febrero de 2009 hasta el 30 de abril de 2016 y por el acuerdo adoptado con TRANSUNIÓN 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) desde marzo de 2013 y estando aún vigente, con efectos hasta 2017"*.

TERCERO.- La primera imputación dirigida contra ROIG BUS 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 octubre de 2004 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 ROIG BUS 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 están circunscritos al marco territorial de cada Isla. Difícilmente un transportista de la Isla de Mallorca puede competir en el mercado con otro de Menorca o Formentera cuando el aislamiento y circunscripción de cada territorio lo hace imposible; al menos la resolución sancionadora no hace el más mínimo esfuerzo para explicarlo o motivarlo. Las particularidades de la insularidad hacen inviable la competencia entre transportistas localizados en islas diferentes.

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

La realidad insular de Baleares hace que las empresas de 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 ROIG BUS 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 ROIG BUS 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 multas 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 ROIG BUS, S.A., 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 *ULTRAMAR* 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) desde el 1 de febrero de 2009 hasta el 30 de abril de 2016 y por el acuerdo adoptado con *TRANSUNIÓN* 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) desde marzo de 2013 y estando aún vigente, con efectos hasta 2017".

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, que se produjo el 26 de agosto de 2015, hasta la notificación de la resolución completa a la entidad incoada, descontando el tiempo en que estuvo válidamente suspendido.



Terminaba, lo que es indiscutido, el 15 de marzo de 2017, siendo así que el voto particular discrepante fue puesto a disposición de ROIG BUS el 16 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, antes del 15 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.

SEXTO.- Argumenta ROIG BUS que las órdenes de investigación y las correspondientes investigaciones llevadas a cabo al amparo de las mismas son nulas de pleno derecho al no haber concretado, ni objetiva ni subjetivamente, y con suficiente detalle, el objeto de la inspección para garantizar que esta no se extralimitase.

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 crítica se centra en la falta de mención al transporte escolar, siendo así que la infracción relacionada con esta conducta debe ser anulada conforme a lo razonado antes.

Este pronunciamiento hace innecesario también resolver sobre el siguiente motivo de la demanda, que denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia por falta de prueba suficiente de la comisión de la infracción, pues se refiere solo al reparto de licitaciones en el transporte escolar. Y otro tanto sucede con la supuesta infracción del principio de personalidad de las penas, que también se invoca en relación a dicha infracción.

SÉPTIMO.- Afirma ROIG BUS que resulta aplicable la exención del artículo 4 de la LDC toda vez que la subcontratación de servicios de transporte discrecional estaría amparada en la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres.

A su juicio, 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, y a la modificación de la dicha Ley operada por la Ley 9/2013, de 4 de julio.

Recordemos que la imputación que la resolución hace a ROIG BUS 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 ULTRAMAR 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) desde el 1 de febrero de 2009 hasta el 30 de abril de 2016 y por el acuerdo adoptado con TRANSUNIÓN 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) desde marzo de 2013 y estando aún vigente, con efectos hasta 2017".

En rigor, en la demanda no se cuestiona la existencia de tales acuerdos, si bien se afirma que *la colaboración entre empresas dedicadas al transporte discrecional no está prohibida, y añade literalmente que "La subcontratación, en los casos en que es racional como forma de reducir costes y acceder a nuevos mercados, no solamente es perfectamente legítima y no restrictiva de la competencia, sino que, al contrario, es plenamente procompetitiva al permitir a operadores económicos acceder a mercados que de otra forma les estarían vedados, permite reducir costes empresariales y permite aumentar las prestaciones y bienestar de los consumidores"*.

Sustenta esa afirmación en que el artículo 97 de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, antes de la reforma operada por la Ley 9/2013, de 4 de julio, amparaba la subcontratación de servicios, lo que habría reconocido la propia CNMC; y después, la fórmula de la subcontratación estaría subsumida en la figura de la intermediación, desapareciendo el requisito de que la subcontratación estuviese motivada por razones coyunturales.

Y considera que, en todo caso, *"... el requisito consistente en que un acuerdo de subcontratación responda a necesidades coyunturales es un requisito que la LOTT venía exigiendo hasta 2013, pero desde luego no bajo los criterios de aplicación del artículo 1 de la LDC"*.

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 ROIG BUS, 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 portadores 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 enjuiciamos, 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 ULTRAMAR, desde febrero de 2009 hasta abril de 2016; y con TRANSUNIÓN, desde marzo de 2013, manteniendo su vigencia a la fecha de incoación del expediente.

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 TRANSUNIÓN (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 ULTRAMAR, suscrito el 1 de marzo de 2010 y que fue aportado por la actora en requerimiento de información (folios 10743 y siguientes), donde se acuerda que *"PRIMERO.- La Sociedad ROIG BUS S.A., se servirá a prestar la colaboración suficiente para la realización de TODOS los servicios de transporte en exclusiva de ULTRAMAR EXPRESS TRANSPORT, S.A. comprendidos entre la Colonia de San Jordi y Punta Reina, en los periodos que van entre el 15 de abril de 2010 y el 31 de octubre de 2010, de 2011, de 2012, de 2013 y 2014. Para el periodo del 15 de abril de 2010 a 31 de octubre de 2010 se aplicarán los precios detallados en el Anexo I*

del presente contrato. (...) QUINTO.- ULTRAMAR EXPRESS TRANSPORT, S.A. acuerda con ROIG BUS S.A. revisar los precios establecidos en el Anexo I para cada una de las temporadas comprendidas entre el 15 de abril de 2011 y 31 de octubre de 2014 de acuerdo al incremento de precios realizado por TUI ESPAÑA S.A. a ULTRAMAR EXPRESS TRANSPORT S.A., con un mínimo anual garantizado del 0,75% para los servicios de traslados de dicho Anexo I. SEXTO.- ROIG BUS S.A. concede a ULTRAMAR EXPRESS TRANSPORT, S.A. un rappel del 1% sobre la producción realizada cada temporada (de 15 de abril a 31 de octubre) a partir de la cantidad de 1.925.000 (IVA excluido) ...". También puede citarse los contratos de colaboración firmados entre ambas empresas el 1 de abril de 2014 (folios 11959 y siguientes) y el 15 de abril de 2015 (folios 11968 y siguientes), recabados por la misma vía. Y resulta significativo el correo electrónico de 5 de junio de 2013, remitido por el Director y Gerente de ROIG BUS a ULTRAMAR al no respetar esta última las condiciones pactadas en la "zona de ROIG BUS", y que aparece transcrito al folio 94 de la resolución recurrida (folio 9215 del expediente administrativo).

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.

Por otra parte, y en cuanto a la ausencia de efectos en el mercado, entendemos que las conductas acreditadas, en cuanto suponen el reparto entre las empresas sancionadas de las rutas y de los clientes para la prestación del servicio de transporte discrecional de viajeros en la isla de Mallorca, evidencian una restricción de la competencia por el objeto.

Como señala el Tribunal Supremo en sentencia de 13 de mayo de 2021, recurso núm. 2745/2020, "... en la STS nº 331/2018, de 1 de marzo, esta misma Sala consideró, respecto a la no necesidad de examinar los efectos en el caso de infracciones por el objeto, que "[...] En cambio, cuando quede acreditado que el acuerdo en cuestión tiene un objeto contrario a la competencia, no es necesario acreditar en concreto los efectos perjudiciales de dicho acuerdo sobre la competencia y consecuentemente sobre el mercado que se aplican. En tal caso será suficiente exponer que dicho acuerdo es concretamente apto para impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado interior".

De esta jurisprudencia puede extraerse la conclusión que en las infracciones por el objeto no se precisa determinar la incidencia que dicha infracción tiene sobre el mercado y no es posible rebatir esta apreciación basándose en la afirmación de que la conducta enjuiciada no produjo efectos en el mercado>>.

A modo de recapitulación de lo expuesto en este apartado, en nuestra sentencia nº 1375/2018, de 17 de septiembre (casación 2452/2017, F.J. 9º) transcribíamos diversos párrafos de la sentencia del Tribunal General de 10 de diciembre de 2014 (asunto T-90/11) en la que, de manera clara y concisa, se sintetiza la jurisprudencia del TJUE sobre la distinción entre las infracciones por objeto y por efecto. Dice el Tribunal General en los apartados 305 a 310 de su sentencia:

"305 Procede recordar, a este respecto, que, según la jurisprudencia, los conceptos de "acuerdo", de "decisiones de asociaciones de empresas" y de "práctica concertada" del artículo 101 TFUE, apartado 1, recogen, desde un punto de vista subjetivo, formas de colusión que comparten la misma naturaleza y que sólo se distinguen por su intensidad y por las formas en las que se manifiestan (véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, Rec. p. I-4529, apartado 23, y la jurisprudencia citada).

306 Por otra parte, por lo que respecta a la apreciación de su carácter contrario a la competencia, debe atenderse al contenido de las disposiciones que los establecen, a los objetivos que pretenden alcanzar y al contexto económico y jurídico en el que se inscriben (véase, en este sentido, la sentencia T-Mobile Netherlands y otros, citada en el anterior apartado 305, apartado 27, y la jurisprudencia citada).

307 Además, la jurisprudencia precisa que la distinción entre "infracciones por objeto" e "infracciones por efecto" reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia (sentencias T-Mobile Netherlands y otros, citada en el anterior apartado 305, apartado 29, y Allianz Hungaria Biztosító y otros, citada en el anterior apartado 61, apartado 35).

308 De esa manera, se ha determinado que algunos comportamientos colusorios, como los que llevan a la fijación horizontal de los precios por los cárteles, pueden considerarse hasta tal punto aptos para generar efectos negativos, en especial en los precios, la cantidad o la calidad de los productos o los servicios, que cabe estimar innecesaria la demostración de que tienen efectos concretos en el mercado con el fin de aplicar el artículo 101 TFUE, apartado 1 (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de enero de 1985, Clair, 123/83, Rec. p. 391, apartado 22).



309 En la hipótesis de que el análisis de un tipo de coordinación entre empresas no presente una gradodesuficiente de nocividad respecto de la competencia, deben examinarse, en cambio, sus efectos y, paraprophibirlo, exigir que se reúnan los elementos que prueben que el juego de la competencia ha resultado, dehecho, bien impedido, bien restringido o falseado de manera manifiesta (sentencia Allianz Hungária Biztosító y otros, citada en el anterior apartado 61, apartado 34, y la jurisprudencia citada).

310 Para apreciar si un acuerdo entre empresas o una decisión de asociación de empresas tiene un gradode nocividad suficiente para ser considerado una restricción de la competencia "por el objeto" en el sentido del artículo 101 TFUE , apartado 1, debe atenderse al contenido de sus disposiciones, a los objetivos quepretende alcanzar y al contexto económico y jurídico en el que se inscribe. Al apreciar dicho contexto, se debeconsiderar también la naturaleza de los bienes o de los servicios afectados, así como las condiciones realesdel funcionamiento y de la estructura del mercado o mercados pertinentes (véase, en este sentido, la sentenciaAllianz Hungária Biztosító y otros, citada en el anterior apartado 61, apartado 36, y la jurisprudencia citada)".

En fin, debemos reiterar ahora la conclusión que expusimos en el F.J. 4º de nuestra sentencia nº 43/2019, de 21de enero (casación 4323/2017), a la que ya nos hemos referido: <<...en materia de defensa de la competencia,cuando se concluya que nos encontramos ante "infracciones por objeto" no es necesario analizar la incidenciaque dicha conducta infractora tiene sobre el mercado, ya que por su propia naturaleza son aptas para incidir en elcomportamiento de las empresas en el mercado, ni es posible rebatir esta apreciación mediante observacionesbasadas en que los acuerdos colusorios no tuvieron efectos relevantes en el mercado>>.

En todo caso, y como pone de manifiesto la resolución misma de manera coherente con el contenido de los pactos, su alcance y su duración, los efectos anticompetitivos de estos acuerdos son innegables por cuanto el reparto entre las empresas de las rutas y clientes para la prestación de los servicios de transporte discrecional de ningún modo alguno pudo beneficiar a los consumidores en forma de mejores precios, y hubo de suponer la eliminación o, al menos, una muy importante restricción de la competencia en la prestación de los servicios de transporte discrecional en la isla de Mallorca, "... teniendo en cuenta tanto el número de contratos suscritos como las empresas que entre ellas adoptaban dichos acuerdos".

OCTAVO.- 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 la Ley, lo que se relaciona con el alcance del artículo 97 de la LOTT antes citado y, tras la reforma producida con la entrada en vigor de la Ley 9/2013, con la aplicación del artículo 99.1.

Y, además, se estaría en el caso del artículo 1.3 de la misma Ley, para lo cual argumenta ROIG BUS que los acuerdos adoptados con TRANSUNIÓN y con ULTRAMAR contribuyen a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico; reservan a los consumidores una participación equitativa en el beneficio Resultante; no imponen restricciones que no sean indispensables para la consecución de los anteriores objetivos; y no permiten a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los servicios contemplados. Y todo ello por las razones que expone.

No obstante, y 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 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 ROIG BUS la relaciona con la consustancial existencia de picos de demanda por cuanto, dice, únicamente se aplica en las temporadas turísticas. 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 ROIG BUS 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.- Finalmente, 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 (13,2%, en el caso de ROIG BUS).

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 3,70%.

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.

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 ROIG BUS, 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 Sharon Rodríguez de Castro en nombre y representación de **ROIG BUS, S.A.** , 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 93.100 euros y 382.289 euros.

2.- Anular la referida resolución en cuanto a la declaración de responsabilidad y a la sanción de multa de 93.100 euros impuesta a la entidad actora por la infracción única y continuada constitutiva del cartel del transporte escolar en las Illes Balears al menos desde octubre de 2004, 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDO