



Roj: **STS 5975/2023 - ECLI:ES:TS:2023:5975**

Id Cendoj: **28079130032023100255**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **21/12/2023**

Nº de Recurso: **8103/2022**

Nº de Resolución: **1769/2023**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1942/2022,**
ATS 606/2023,
STS 5975/2023

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.769/2023

Fecha de sentencia: 21/12/2023

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **8103/2022**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 05/12/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 6

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: **8103/2022**

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1769/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D.ª María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

En Madrid, a 21 de diciembre de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación, registrado con el número **8103/2022**, interpuesto por el Abogado del Estado, en la representación legal y bajo la dirección letrada que le corresponde, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 26 de abril de 2022, dictada en el recurso contencioso-administrativo 364/2017, que estimó el recurso contencioso-administrativo promovido por la representación procesal de Autocares Estelrich S.L contra 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.

Ha sido parte recurrida el Procurador de los Tribunales Argimiro Vázquez Guillén en nombre y representación de Autocares Estelrich, S.L. bajo la dirección letrada de Miguel Manuel Ramis de Ayreflor Catany.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo número 364/2017, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, dictó sentencia el 26 de abril de 2022, cuyo fallo dice literalmente:

"Que debemos estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **AUTOCARES ESTELRICH, S.L.**, contra la resolución de 9 de marzo de 2017, S/DC/0512/14 TRANSPORTE BALEAR DE VIAJEROS, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, que anulamos por no ser ajustada a Derecho, con expresa condena en costas a la Administración. "

La Sala de instancia fundamenta la decisión de estimar el recurso contencioso-administrativo, con base en la exposición de las siguientes consideraciones jurídicas:

"SEGUNDO. - La Sala de Competencia de la CNMC consideró acreditado que varias empresas, entre las que se encontraba la actora, cometieron tres prácticas prohibidas del artículo 1 de la Ley 16/1989, el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE de 4 de julio y en adelante LDC), y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada DOUE, 26 de octubre de 2012, C 326/49; en lo sucesivo TFUE). (i) 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 desde el 2004, por las licitaciones públicas convocadas en 2005 y 2013 de del transporte escolar en las Illes Balears, al estar aún vigentes los contratos de la licitación de 2013 para el curso escolar 2016/2017; (ii) 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; (iii) 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.

1- El 23 diciembre de 2013, la Dirección de Competencia (DC) recibió una solicitud de exención de pago de multa de AUTOCARES ALCAS, S.L., a los efectos del artículo 65 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) o en su caso, subsidiariamente, de reducción del importe de la multa a los efectos del artículo 66 de la LDC, que pudiera imponerse por la comisión de una infracción del artículo 1 de la LDC consistente en un cártel en el sector del transporte de viajeros por carretera en las Illes Balears.

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

3.- Tras varios requerimientos de información a empresas implicadas, el 26 de agosto de 2015 la DC adoptó y notificó el acuerdo de incoación del procedimiento sancionador, entre otras a la actora, durante el que se practicaron otros tantos requerimientos.

4.- El 21 de julio de 2016 la DC adoptó y notificó el Pliego de Concreción de Hechos (PCH).

5.- El 16 de septiembre de 2016 la DC acordó el cierre de la fase de instrucción del expediente, tras la que se presentaron escritos de alegaciones y se dictó la resolución objeto del presente recurso.



TERCERO.- Como ya se advirtiera en los antecedentes de hecho, por la Sala se hizo uso de la potestad del artículo 33 de la LJCA y se le dio traslado a las partes para que se pronunciaran sobre la incidencia que pudiera tener la resolución del conflicto la definición del mercado geográfico que hizo la resolución sancionadora.

Por lo tanto, antes de entrar en el examen de los motivos invocados por el escrito de demanda, no centraremos en las consecuencias que, para la resolución de este recurso, pudiera tener este extremo.

Ya hemos dado respuesta a esta cuestión con ocasión del dictado de las sentencias de 21 de mayo 2018, en las que hemos resuelto los recursos 324/2017, 352/2017 y 362/2017, las que debemos remitirnos.

Decíamos en las tres sentencias que "[P]ara 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 Continental/Comisión, 27/76, EU:C:1978:22, apartados 10 y 11). [...]" (128), e implica que en el mercado de referencia "[p]ueda existir una competencia efectiva entre los productos y servicios que forman parte del mismo, lo que supone un grado suficiente de intercambiabilidad, a efectos del mismo uso, entre todos los productos o servicios que forman parte de un mismo mercado. La intercambiabilidad o la sustituibilidad no se aprecian únicamente en relación con las características objetivas de los productos y servicios relevantes. Es preciso, asimismo, tomar en consideración las condiciones de competencia y la estructura de la oferta y la demanda en el mercado (sentencia de 23 de enero de 2018, F. Hoffmann-La Roche y otros, C-179/16, EU:C:2018:25, apartado 51 y jurisprudencia citada). [...]" (129).

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

Recordaba la sección 6 del formulario A/B relativo al Reglamento nº 17 y a la sección 6 del formulario CO relativo al Reglamento (CEE) nº 4064/89, que si bien se refería a las operaciones de concentración de dimensión comunitaria, identificaba el mercado geográfico de referencia como "[l]a zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia



en ella prevaecientes son sensiblemente distintas a aquéllas. [...]". Significa que, para la determinación del mercado de referencia se debe combinar el mercado de producto y el mercado geográfico.

Jurisprudencialmente, la STJ de 1 de julio de 2008, C-49/07, definió el mercado geográfico "[c]omo aquel territorio en el que todos los operadores económicos se hallan en condiciones de competencia similares, en lo que respecta, en concreto, a los productos de que se trata. No es necesario que las condiciones objetivas de competencia entre los operadores económicos sean perfectamente homogéneas. Basta con que sean similares o suficientemente homogéneas (véase, en este sentido, la sentencia *United Brands y United Brands* Continental/Comisión, antes citada, apartados 44 y 53). Además, este mercado puede estar limitado a un único Estado miembro (véase, en este sentido, la sentencia *Michelin/Comisión*, antes citada, apartado 28). [...]" (34)

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

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

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

Tampoco podemos olvidar la relevancia que la determinación del mercado geográfico tiene de cara a la sanción. Nos recuerdan las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del apartado 2 del artículo 15 del Reglamento n.º 17 y del apartado 5 del artículo 65 [CECA] (DO 1998, C 9, p. 3; en lo sucesivo, "Directrices de 1998") que disponen, en su punto 1, letra A, dedicado a la evaluación de la gravedad de la infracción "[A]. Gravedad. A la hora de evaluar la gravedad de la infracción ha de tomarse en consideración su naturaleza, sus repercusiones concretas sobre el mercado (siempre y cuando se puedan determinar) y la dimensión del mercado geográfico afectado. [...]"

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 contracción 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. [...]"

CUARTO.- 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."

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia, la representación el Abogado del Estado. preparó recurso de casación, que la Sección Sexta de la de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo preparado mediante auto de 2 de noviembre de 2022, que al tiempo, ordeno remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dictó auto el 26 de enero de 2023, cuya parte dispositiva dice literalmente:

" 1.º) Admitir el recurso de casación n.º **8103/2022** preparado por el Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta, contra la sentencia de 26 de abril de 2022, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo n.º 364/2017.

2.º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en perfilar, precisar o concretar nuestra jurisprudencia en relación con lo dispuesto en los artículos 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, a fin de aclarar, en las conductas calificadas como cárteles, si la delimitación exacta del mercado relevante, y, más concretamente, del mercado geográfico, es o no un elemento del tipo de la infracción tipificada en los citados artículos determinante para valorar la antijuricidad de la conducta infractora, tomando en consideración la actividad de que se trata y la insularidad de los territorios en los que se desarrolla la misma, y todo ello en relación con la condición de competidor.



Todo ello sin perjuicio de la Sección de Enjuiciamiento extienda la interpretación a otras cuestiones o normas que considere de aplicación.

3.º) Ordenar la publicación de este auto en la página web del Tribunal Supremo, haciendo referencia al mismo, con sucinta mención de las normas que serán objeto de interpretación.

4.º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

5.º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección tercera de esta Sala Tercera, a la que corresponde con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos."

CUARTO.- Por diligencia de ordenación de 30 de enero de 2023, habiendo sido admitido a trámite el recurso de casación, y recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, se establece que una vez transcurra el plazo de treinta días que el artículo 92.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa establece para la presentación del escrito de interposición del recurso de casación, se acordará. El abogado del Estado en la representación legal y asistencia letrada que le corresponde presentó escrito de interposición del recurso de casación el 27 de febrero de 2023, en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

"que habiendo por presentado este escrito y sus copias, se sirva admitirlo, teniendo por interpuesto recurso de casación y, previos los trámites legales, dicte sentencia por la que, estimándolo y fijando como doctrina jurisprudencial la señalada en el apartado CUARTO anterior, case la sentencia recurrida y desestime el recurso contencioso administrativo interpuesto en la instancia, declarando la íntegra adecuación a derecho de la Resolución administrativa que la misma dejó en parte sin efecto. Con costas "

QUINTO.- Por diligencia de ordenación de 18 de abril de 2023, se tiene por interpuesto recurso de casación, y se acuerda dar traslado del escrito de interposición a la parte recurrida y personada, para que pueda oponerse al recurso en el plazo de treinta días, lo que efectuó el Procurador de los Tribunales Argimiro Vázquez Guillén en nombre y representación de Autocares Estelrich, S.L mediante escrito de oposición de fecha 1 de junio de 2023, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas lo concluyo con el siguiente SUPPLICO:

"tenga por presentado este escrito, lo admita, y teniendo por formulada oposición al recurso de casación, y previos los trámites legales, en su día, dicte Sentencia que inadmita o, subsidiariamente, desestime el recurso de casación que se impugna y ratifique la resolución recurrida en todos sus extremos e imponiendo al recurrente las costas del presente proceso. "

SEXTO.- Por providencia de 3 de julio, se acuerda no ha lugar al señalamiento de vista; y por providencia 25 de septiembre de 2023 se designo Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat y se señala este recurso para votación y fallo el 5 de diciembre de 2023, fecha en que tuvo lugar el acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto y el planteamiento del recurso de casación: El asunto litigioso relativo a la impugnación de la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 26 de abril de 2022 .

El recurso de casación que enjuiciamos, interpuesto por la Abogacía del Estado, al amparo de los artículos 86 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en la redacción introducida por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, tiene por objeto la pretensión de que se revoque la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 26 de abril de 2022, por lo que se estima el recurso contencioso-administrativo promovido por la representación procesal de la mercantil Autocares Estelrich S.L. contra 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, que le impuso una sanción de 26.792 euros por su participación en la infracción única y continuada del cartel de transportes escolar en las Islas Baleares, que se considera incurso en las practicas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

La sentencia impugnada fundamenta la decisión de estimar el recurso contencioso-administrativo con base en la aplicación de los criterios jurídicos sustentadores de las precedentes sentencias dictadas por ese mismo órgano judicial de 21 de mayo de 2018, y siguiendo la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca de la definición y determinación merecido relevante en su dimensión geográfica, considerando que, en este supuesto, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha definido incorrectamente el mercado geográfico sobre el que se proyecta el cártel, al no tener en cuenta la realidad insular de las Baleares,



que determina la definición del mercado afectado, y que hace que las empresas que operan en las diferentes islas no sean competidoras entre si, puesto que el mercado geográfico es distinto.

El recurso de casación se fundamenta en la infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, en relación con el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, así como de la jurisprudencia aplicable respecto de la definición del mercado geográfico.

Se arguye por la Abogacía del Estado que la sentencia efectúa una errónea calificación del mercado, al sostener que el mercado relevante afectado es el de la prestación del servicio de transporte a los viajeros, mientras que el mercado relevante en este caso, tal y como apreció la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, es el de las licitaciones públicas que convoca la Administración adjudicataria de las rutas para la prestación de los servicios. Esto es así -se afirma-, porque en el servicio que se presta a los viajeros (escolares) no existe competencia ni mercado desde el momento en que las rutas se adjudican mediante procedimientos públicos que hacen a los adjudicatarios prestadores exclusivos y excluyentes del servicio en la ruta de que se trate.

Se refiere que en las licitaciones públicas que se convocan para adjudicar tales rutas pueden concurrir y ser competidores todas las empresas que reúnan las condiciones establecidas en la convocatoria, tengan su sede o no en Baleares y cualquiera que sea la isla en la que ejerzan o hayan ejercido de hecho su actividad, de modo que resulta perfectamente posible configurar un mercado de licitaciones públicas de alcance global para todo el ámbito balear. En este caso, el cártel no existe en el ámbito en el que se prestan los servicios sino en aquel en el que se licitaron fraudulentamente las líneas de transporte.

Se cuestiona la sentencia de la Audiencia Nacional porqué confunde el mercado de referencia y el mercado afectado al asimilar el mercado geográfico de la conducta infractora con el territorio en el que las condiciones de competencia son homogéneas por las particularidades geográficas de cada isla, circunscribiendo así el mercado al ámbito de cada una de las islas.

Tras efectuar una distinción entre el mercado relevante y el mercado afectado, señala el Abogado del Estado que el mercado afectado por la conducta infractora puede o no coincidir con el mercado de producto y geográfico relevante, y no viene determinado por el territorio en el que las condiciones de competencia son homogéneas, sino por el espacio geográfico en el que la infracción analizada haya producido o sea susceptible de producir efectos sobre las condiciones de competencia efectiva, incluyéndose en este caso, también áreas geográficas en las que no opera la recurrente pero sí otras participantes en el cártel y, por tanto, también afectadas por las actuaciones de éste. Por ello, estima que no puede delimitarse un mercado geográfico distinto para cada una de las empresas partícipes del cártel en función de las áreas concretas a las que se circunscribe su actividad. Concluye señalando que, la dimensión geográfica del mercado afectado por la infracción comprende todo el territorio de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, sin perjuicio de que la actividad de la recurrente se limite al territorio específico de una de las islas del archipiélago balear.

Se reprocha a la sentencia que considere que para que pueda hablarse de cártel que tenga por objeto el reparto de mercado es condición previa indispensable que exista una adecuada y correcta definición de mercado geográfico y de producto, pese a que, conforme a los mencionados artículos, así como a la jurisprudencia aplicable, la definición de mercado geográfico no es un elemento esencial del tipo infractor, ya que es perfectamente posible que exista un cártel entre empresas que no operen en el mismo mercado sino en otros conexos y, por que, una vez probada la existencia del acuerdo anticompetitivo, la definición del mercado resulta irrelevante. Refiere que así lo ha manifestado siempre la CNMC y se remite a la jurisprudencia europea en el sentido de que dicha delimitación no es un elemento del tipo de la infracción cuando se trata de acuerdos que, por su contenido y finalidad, son anticompetitivos por su objeto. Cita en apoyo de sus alegaciones diversas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y las SSTs de 21 de mayo de 2020 (rec. 7880/2018) y 26 de octubre de 2020 (rec. 4227/2019).

Se añade que, aunque sí incluso se considerase que fuera incorrecta la definición de mercado geográfico que hace la resolución anulada, y debiera limitarse a cada una de las islas, como afirma la sentencia de instancia, la consecuencia anulatoria determinada por esta sentencia resultaría incorrecta y contraria a la doctrina jurisprudencial, donde se expone claramente que constituye infracción en materia de competencia la conducta de una empresa que participa activamente en los actos de constitución de un cártel aunque dicha empresa no comercialice productos en el mercado principal de referencia, pero si lo haga en un mercado conexo del de referencia. De todo ello concluye que la calificación de la conducta de los arts. 1 LDC y 101 del TFUE y su autoría, vienen determinadas principalmente por el contenido del acuerdo y la voluntad que con este se persigue.

Asimismo no resulta pertinente la incoación el uso de jurisprudencia en materia de abuso de posición de dominio y de control de concentraciones para apreciar la relevancia del mercado en las conductas constitutivas de cártel prohibidas por dichos artículos.



En último término, se aduce que la sentencia cometió un error en el análisis de la condición de competidores de las empresas, toda vez que no tuvo en cuenta para desvirtuar tal condición otros elementos distintos a la simple ubicación geográfica de las empresas que, en modo alguno, puede ser un único indicador válido para acreditar tal condición de competidores. Aduce que el concepto de competidor es amplio e incluye tanto los competidores reales como los potenciales, como resulta del art. 63 LDC y de las Directrices sobre la aplicación del art. 101 TFUE, por lo que las conductas de cártel se pueden llevar a cabo entre empresas que en ese momento no son competidoras reales en el mercado afectado, siendo el elemento esencial el contenido del acuerdo y los objetivos perseguidos a través de éste.

SEGUNDO.- Sobre el marco normativo aplicable y acerca de la doctrina jurisprudencial que resulta relevante en el enjuiciamiento de este recurso de casación.

Antes de abordar, concretamente, el examen de las infracciones del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia que aduce la Abogacía del Estado, procede dejar constancia de las normas jurídicas que resultan aplicables y son objeto de interpretación, así como recordar la doctrina jurisprudencial que consideramos relevante para resolver la presente controversia casacional.

A) El Derecho de la Unión Europea.

El artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, dispone:

"1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:

- a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
- b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
- d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos."

2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.

3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

- cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,
- cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas
- cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas,

que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

- a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;
- b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate."

B) El Derecho Estatal

El artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, bajo el epígrafe " Conductas prohibidas", establece:

"1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

- a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.



- b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.
- c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.
- d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

2. Son nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones que estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en el número 1, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley."

El artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, bajo el epígrafe <<Conductas colusorias>>, dispone:

"1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

- a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.
- b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.
- c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.
- d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

2. Son nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley.

3. La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que:

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

4. La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, o recomendaciones colectivas, o prácticas concertadas o conscientemente paralelas que cumplan las disposiciones establecidas en los Reglamentos Comunitarios relativos a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresa y prácticas concertadas, incluso cuando las correspondientes conductas no puedan afectar al comercio entre los Estados miembros de la UE.

5. Asimismo, el Gobierno podrá declarar mediante Real Decreto la aplicación del apartado 3 del presente artículo a determinadas categorías de conductas, previo informe del Consejo de Defensa de la Competencia y de la Comisión Nacional de la Competencia."

La disposición adicional cuarta de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, bajo el epígrafe "Definiciones", en su apartado 2, dispone:

"2. 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."

C) La jurisprudencia del Tribunal Supremo

En la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2020 (RC 4227/2019), dijimos:

"La intervención de una empresa en los actos constitutivos de un cártel, aun cuando no comercialice productos en el mercado principal de referencia -pero sí en un mercado vinculado o conectado al mismo- puede



considerarse una conducta típica con arreglo a lo dispuesto en el artículo 61.1 LDC en relación con el artículo 1 del mismo texto legal y con el artículo 1 TFUE.

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

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

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

TERCERO.- Sobre las infracciones del ordenamiento jurídico en que se fundamenta el recurso de casación, referidas a la vulneración del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , así como del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea .

La cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, sobre la que esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo debe pronunciarse, tal como se expone en el auto de la Sección Primera de esta Sala de 26 de enero de 2023, consiste en perfilar, precisar o concretar nuestra jurisprudencia en relación con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, a fin de aclarar, en las conductas calificadas como cárteles, si la delimitación exacta del mercado relevante, y, más concretamente, del mercado geográfico, es o no un elemento del tipo de la infracción tipificada en los citados artículos determinante para valorar la antijuricidad de la conducta infractora, tomando en consideración la actividad de que se trata y la insularidad de los territorios en los que se desarrolla la misma, y todo ello en relación con la condición de competidor.

Delimitada en estos estrictos términos la controversia casacional, esta Sala, siguiendo la doctrina fijada en la sentencia de este Tribunal Supremo 1779/2023, de 22 de diciembre de 2023 (RC 8106/2022), considera que la sentencia impugnada ha incurrido en error de Derecho, pues apreciamos que ha infringido el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, respecto de la definición del mercado geográfico relevante, por las siguientes consideraciones jurídicas:

En primer término, cabe referir que no podemos ignorar que, entre las modalidades de infracción que establecen los preceptos legales que hemos transcrito en el precedente fundamento jurídico, nos hallamos ante una infracción por el objeto, en la cual la acción tiene lugar mediante la mera concertación de las empresas para evitar la competencia, acto que, por su naturaleza, es antecedente a que la producción de efectos materialmente apreciables en el mercado.

No consideramos necesario adentrarnos en la distinción entre infracciones "por objeto" e infracciones "por efecto", que ha examinado esta Sala en muchas ocasiones, por ejemplo en la sentencia 1684/2022, de 19 de diciembre (rec. 7573/2021), que cita las sentencias 3056/2021, de 15 de marzo (rec. 3405/2020, F.J. 3) y 43/2019, de 21 de enero (casación 4323/2017, F.J. 3), de la que reproduce este fragmento:

[L]a diferencia entre conductas prohibidas por su objeto o por sus efectos deriva, en primer lugar, del tenor literal del propio artículo 1 LDC -así como del artículo 101 TFUE -, que prohíbe "todo acuerdo, [...] que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional [...]". Como señala la Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013, (Allianz Hungária Biztosító y otros, C-32/11 , apart. 35) "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 [...]". En el mismo sentido se pronunció el TJUE en su sentencia de 27 de abril de 2017, (FSL, C-469/15 P, apart. 104) y más recientemente, en su sentencia de 23 de enero de 2018 , (F. Hoffmann-La Roche y otros, apart. 78).



La sentencia del TJUE de 20 de noviembre de 2008 (asunto C-209/07) ya puso de manifiesto los criterios para determinar si nos encontramos ante una infracción por el objeto o para establecer si era necesario establecer su incidencia sobre el mercado, afirmando que:

Procede recordar que, para estar incurso en la prohibición establecida en el artículo 81 CE, apartado 1, un acuerdo debe tener "por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común". Es jurisprudencia reiterada del TJUE, desde la sentencia de 30 de junio de 1966, LTM (56/65, Rec. pp. 337 y ss., especialmente p. 359), que el carácter alternativo de este requisito, como indica la conjunción "o", lleva en primer lugar a la necesidad de considerar el objeto mismo del acuerdo, habida cuenta del contexto económico en el que se debe aplicar. Sin embargo, en caso de que el análisis de las cláusulas de dicho acuerdo no revele un grado suficiente de nocividad respecto de la competencia, es necesario entonces examinar los efectos del acuerdo y, para proceder a su prohibición, exigir que se reúnan los elementos que prueben que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, bien impedido, bien restringido o falseado de manera sensible.

Volviendo a nuestro caso, la acción "por el objeto" que ha sido sancionada por la CNMC se realizó antes de la adjudicación de los diferentes lotes del concurso del servicio de transporte escolar convocado por la Administración autonómica. El ámbito espacial de los acuerdos colusorios es equivalente al territorio al que se extendían las licitaciones, y produjo sus consecuencias en todo este territorio, no en cada una de las islas aisladamente consideradas. Dicho de otro modo, si aceptamos los hechos de la resolución sancionadora, existió un cártel de empresas de transporte y de la Federación empresarial de Baleares para repartirse el servicio de transporte escolar que iba a licitar la Administración, y no tantos cárteles como islas.

Por consiguiente, es irrelevante las áreas concretas en que las transportistas implicadas desarrollaban su actividad e incluso donde se comprometían a desarrollarla en el futuro, puesto que lo decisivo a estos efectos en su participación en el cártel que comprendía el mercado geográfico compuesto por el conjunto del territorio de las Islas Baleares, no cada isla individualmente considerada. Este es el contexto económico en que deben ubicarse los hechos sancionados.

No está justificado reducir o modificar el mercado geográfico definido por el concurso público cuando cualquier empresa que reuniera los requisitos exigidos en la convocatoria podía participar en la adjudicación de los distintos lotes con independencia de la ubicación de su sede, locales o de sus medios de transporte. La zona en que las empresas tenían la posibilidad de concurrir comprendía todo el territorio al que alcanzaba la licitación, con independencia de la rentabilidad económica que les supusiera prestar sus servicios en determinados lugares.

La segunda razón que desvirtúa el criterio de la instancia atañe a la trascendencia que el mercado ostenta en las infracciones por el objeto. En éstas, la comisión de la infracción no es algo que dependa del efecto concreto que la conducta colusoria haya producido en el mercado, ni, por ende, en el mercado relevante geográfico, por cuanto, una vez probada la existencia de acuerdo anticompetitivo, la definición del mercado no es totalmente decisiva, o, cuanto menos, no lo es tanto como en las infracciones "por efecto".

La ya mencionada sentencia del TJUE de 20 de noviembre de 2008 también declaraba:

Para apreciar si un acuerdo está prohibido por el artículo 81 CE, apartado 1, la toma en consideración de sus efectos concretos es superflua cuando resulta que éste tiene por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el interior del mercado común (sentencias de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, 56/64 y 58/64, Rec. pp. 429 y ss., especialmente p. 496, y de 21 de septiembre de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, C-105/04 P, Rec. p. I-8725, apartado 125). Este examen debe efectuarse a la luz del contenido del acuerdo y del contexto económico en que se inscribe (sentencias de 28 de marzo de 1984, Compagnie royale asturienne des mines y Rheinzink/Comisión, 29/83 y 30/83, Rec. p. 1679, apartado 26, y de 6 de abril de 2006, General Motors/Comisión, C-551/03 P, Rec. p. I-3173, apartado 66)."

Y en la sentencia de esta Sala de 26 de octubre de 2020 (rec. 4227/2019) señalamos:

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

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



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

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

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

Ante hechos similares, la sentencia recurrida, frente a la doctrina sentada por esta Sala en la sentencia de 1 de abril de 2016 (recurso de casación núm. 3691/2013) declaró atípica la actuación de la empresa Alluitz Motor S.L., cuya participación en los actos constitutivos de la conducta colusoria, basada en una interpretación de los artículos 1 y 61.1 LDC respecto de la responsabilidad de las empresas que participan en dichas conductas sin estar presentes en el mercado afectado que no era correcta y además no tuvo en consideración que la resolución sancionadora si había valorado de forma expresa la actuación y la participación de Alluitz, S.L., en los mercados conexos.

Lo contrario permitiría sentar un criterio de impunidad en relación con aquellas conductas colusorias de empresas vinculadas que, sin embargo, no intervienen en la distribución de vehículos en el mercado principal de referencia.

En definitiva, aunque la empresa sancionada no forme parte del mercado principal afectado, sino de un mercado conexo o relacionado, si su participación, como es el caso, facilitó la colusión, con independencia de que obtenga un beneficio explícito directo, pero cuya intervención, como quedó reseñado, beneficia al cártel, facilitando y colaborando en la implementación de los acuerdos colusorios, da lugar a la sanción impuesta, atendida la doctrina general que antes quedó expuesta. [F.J. 6]

Pues bien, en proyección de lo expuesto, debemos concluir que la mera participación de una empresa en un acuerdo para presentar ofertas que faciliten la adjudicación de las licitaciones a las empresas asignadas previamente por el cártel constituye en sí mismo un comportamiento que influye negativamente en la libre competencia en el mercado de los servicios de transporte objeto de licitación, en cuanto imposibilita el acceso a la prestación del servicio a otras empresas concurrentes. Y es una conducta prohibida en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia al implicar una restricción de la competencia por el objeto, dado que es potencialmente apta para lograr el objetivo perseguido. Es decir, que con independencia del mercado relevante geográfico afectado, la conducta colusoria existe desde el momento en el que por sí misma tiene capacidad para menoscabar la competencia. Por tanto, la CNMC no ha incurrido en una definición insuficiente ni confusa del mercado de referencia, sino ajustada al mercado geográfico en el que se desplegaba el cártel.

En suma, partiendo de que la definición del mercado relevante constituye un presupuesto del ejercicio de la potestad sancionadora por la autoridad de competencia, cuya exigencia viene determinada por la necesidad de acotar el ámbito en el que se imputa a una empresa poder de mercado, cuya determinación precisa resulta inexcusable para poder valorar las prácticas anticompetitivas llevadas a cabo, entiende esta Sala que la coincidencia de la zona o territorio donde las empresas prestan sus servicios no es un elemento objetivo autónomo del tipo de la infracción, en la noción tradicional de lo que constituyen los elementos típicos de las conductas sancionables. La identificación del mercado geográfico relevante resulta indispensable para examinar la concurrencia de lo que sí configura un elemento objetivo (o más bien normativo) del tipo infractor que es el de restringir la competencia. No hay posibilidad de competencia ni de colusión si la prestación de servicios se realiza en mercados geográficos diferentes, por lo cual la coincidencia geográfica es un presupuesto de la existencia misma de competencia igual que la coincidencia del producto o servicio ofrecido por las empresas concurrentes.

La calificación de la conducta del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE y su autoría vienen determinadas principalmente por el contenido del acuerdo y la voluntad que persigue el mismo, que es lo que va a tener repercusión en el mercado. La definición del mercado geográfico es un elemento que ayuda



a definir el ámbito en el que la conducta se lleva a cabo, pero no resulta determinante para la definición del tipo sancionador.

Esta consideración no implica que la delimitación del mercado geográfico sea intrascendente a efectos sancionadores. Por el contrario, la definición del ámbito territorial del mercado es relevante a efectos sancionadores tanto para determinar la competencia del órgano sancionador (art. 13 de la LDC y Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia), como para cuantificar las sanciones (criterio del art. 64.1.a) LDC).

CUARTO.- Sobre la fijación de doctrina jurisprudencial en relación con la interpretación del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia en relación con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta

Conforme a los razonamientos jurídicos expuestos, esta Sala, dando respuesta a las cuestiones planteadas en este recurso de casación, que presentan interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia declara que:

En las practicas o conductas calificadas como cártel, teniendo en cuenta la actividad de que se trata y la insularidad de los territorios en los que se desarrolla, la delimitación del mercado geográfico no es un elemento del tipo de la infracción tipificada en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, determinante para valorar la antijuridicidad de la conducta infractora.

En consecuencia con lo razonado, procede declarar haber lugar al recurso casación interpuesto por la Abogacía del Estado contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 26 de abril de 2022, que casamos.

Y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93.3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en los términos que ha quedado resuelta la controversia casacional, debemos retrotraer las actuaciones al momento anterior al dictado de sentencia por parte de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional a fin de que se pronuncie sobre el resto de motivos y cuestiones aducidas por las partes en el proceso de instancia.

QUINTO- Sobre las costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4 y 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no procede la imposición de las costas causadas en el presente recurso de casación ni de las referidas a las causadas en el proceso de instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido una vez fijada en el fundamento jurídico cuarto de esta sentencia la doctrina jurisprudencial relativa a la interpretación del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Primero.- Declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 26 de abril de 2022, que casamos.

Segundo.- Retrotraer las actuaciones al momento anterior al dictado de la sentencia por la Sala de lo Contencioso Administrado de la Audiencia Nacional, en los términos fundamentados.

Tercero.- No efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso de casación, ni de las causadas en el proceso de instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.