



Roj: **STS 46/2024 - ECLI:ES:TS:2024:46**

Id Cendoj: **28079130032024100003**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **08/01/2024**

Nº de Recurso: **5968/2022**

Nº de Resolución: **10/2024**

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

Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2112/2022,**  
**ATS 1063/2023,**  
**STS 46/2024**

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Contencioso-Administrativo

#### Sección Tercera

#### Sentencia núm. 10/2024

Fecha de sentencia: 08/01/2024

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **5968/2022**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 05/12/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde

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.: **5968/2022**

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde

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

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Contencioso-Administrativo

#### Sección Tercera

#### Sentencia núm. 10/2024

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 8 de enero de 2024.

Esta Sala ha visto por los magistrados indicados al margen, en su Sección Tercera, el recurso de casación número **5968/2022**, interpuesto por el el Abogado del Estado, en la representación que ostenta y por el procurador de los Tribunales don Manuel Sánchez-Puelles González-Carvajal, en nombre y representación de Ultramar Express Transport, S.A., bajo la dirección letrada de don José María Baño León contra la sentencia de 5 de mayo de 2022, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso nº 340/2017.

Ha intervenido como parte recurrida el procurador de los Tribunales don Manuel Sánchez-Puelles González-Carvajal, en nombre y representación de Ultramar Express Transport, S.A.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** Tanto el Abogado del Estado como el representante legal de la entidad mercantil "Ultramar Express Transport" (en adelante "Ultramar") interponen sendos recursos de casación contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 5 de mayo de 2022 (rec. 340/2017) por la que se estimó en parte el recurso interpuesto por Ultramar contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 9 de marzo de 2017 recaída en el expediente "S/DC/0512/14 Transporte Balear de Viajeros" a los solos efectos de anular la sanción impuesta a la recurrente por su participación en la infracción única y continuada con el transporte escolares de viajeros en las Islas Baleares.

La resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la competencia de fecha 9 de marzo de 2017 en el expediente que nos ocupa consideró acreditada la existencia de tres prácticas restrictivas de la competencia constitutivas de varias infracciones muy graves.

Por lo que respecta a la empresa Ultramar la consideró responsable de dos infracciones:

- una infracción única y continuada que entra dentro de la definición de cartel 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 Islas Baleares, desde octubre de 2004 hasta la actualidad, por la que se le impuso una sanción de 150.000 €.

- una infracción por 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, por la que se le impuso una sanción de 3.170.820 €.

**SEGUNDO.** Mediante Auto de 2 de febrero de 2023 se admitió el recurso de casación declarando que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en:

(i) En perfilar, precisar o concretar la 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 determinar los efectos que la distinción entre mercado relevante y mercado afectado puede tener en la delimitación del elemento esencial del tipo de la infracción tipificada en los citados artículos.

(ii) Determinar si es posible subsumir en el tipo de infracción del artículo 1 LDC la subcontratación de servicios de transporte discrecional de viajeros que no responda a necesidades puntuales.

**TERCERO.** El recurso del Abogado del Estado cuestiona la sentencia en cuanto anula la sanción impuesta a la sociedad ULTRAMAR por una infracción única y continuada que entra dentro de la definición de cartel por los acuerdos de fijación de precios mínimos y reparto de las rutas escolares.

La cuestión que se plantea consiste en determinar si en la infracción que tipifican los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE como cártel resulta ser un elemento constitutivo del tipo el mercado geográfico en el que operan los sujetos cartelizados.

Considera que la sentencia es errónea por diferentes motivos:

1º Errónea identificación de mercado.



El mercado y su correcta identificación es, sin duda, un concepto clave en la defensa de la competencia. Sin embargo de ello, no se sigue, como entiende la sentencia recurrida, que sea incorrecta la definición que del mercado relevante hizo la resolución sancionadora y mucho menos aun que resulten aceptables las razones por las que la sentencia estima el recurso cuando se refiere a que el tipo de servicio que se presta en el asunto de autos "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.

El Abogado del Estado afirma desconocer el motivo por el que la sentencia considera que para un cártel como el sancionado por la CNMC no cabe configurar un mercado global para todo el archipiélago balear; la razón por la que a la hora de considerar el mercado relevante afectado atiende al servicio que se presta y no al servicio que se licita; o la causa por la que afirma que el servicio que se presta en el asunto de autos es "por islas" siendo así -eso es lo que sostenemos- que en lo que se refiere al cártel del transporte escolar en las islas Baleares, esto es, en lo que tiene que ver con la fijación de precios mínimos en las rutas escolares para el curso 2004/2005 y el reparto de los lotes (rutas escolares) de las licitaciones convocadas por la Consejería balear de Educación, nada de todo ello es correcto.

En primer lugar, porque el mercado relevante que debe considerarse y el que identificó la CNMC en su Resolución es el de las licitaciones públicas que convoca la Administración que adjudica las rutas (los lotes) para la prestación de tales servicios y ello porque, mientras que en lo que tiene que ver con 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, 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 la tengan, actúen o hayan actuado.

Resulta perfectamente posible configurar un mercado de licitaciones públicas de alcance global para todo el ámbito balear puesto que es perfectamente posible dado que, por ejemplo, un transportista de la Isla de Mallorca puede competir en el mercado de licitaciones públicas con otro de Menorca o Formentera o de cualquier otro territorio dado que, salvo que medie un acuerdo de reparto como el sancionado, ni el aislamiento ni la circunscripción insular imposibilita competir en [todas] las licitaciones que puedan convocarse.

Estamos hablando de transporte regular de viajeros de carácter especial que, como dice la Resolución que en su día dictó la CNMC, se efectúa dentro de itinerarios preestablecidos y con sujeción a calendarios y horarios prefijados (líneas regulares de autobuses) y está destinado a servir a un grupo específico de usuarios como son los escolares.

Incluso aunque prescindiéramos de tal circunstancia, si consideramos que lo que se licitaba - que eran las rutas escolares - se licitaba por lotes, no por Islas ni por ninguna otra circunscripción geográfica o territorial diferente, y que la mayoría de tales lotes corresponden a rutas a prestar en el territorio de la isla de Mallorca.

La sentencia recurrida identifica erróneamente el Mercado relevante a considerar olvidando que estamos hablando de transporte regular de viajeros de carácter especial (de escolares) que se presta previa adjudicación de un contrato por la Administración responsable adjudicadora, es decir, de un servicio que una vez adjudicado y por definición se presta en condiciones que excluyen la competencia entre empresas por los clientes a transportar y el que no existe más que un solo y único cliente que es la Administración que convocó la licitación.

Resulta completamente desenfocado razonar que las particularidades de la insularidad hacen inviable la competencia entre transportista localizados en islas diferentes puesto que además de que, como se ha dicho, una vez adjudicadas las rutas, la competencia es por definición imposible, en el mercado de licitaciones públicas (que es el que identifica y considera la CNMC) resulta perfectamente posible un acuerdo entre competidores localizados en Islas diferentes para repartirse el mercado del transporte escolar de todas las Islas y de cada una de ellas, siendo precisamente el fraude en las licitaciones públicas uno de los supuestos más típicos de cártel como revela la propia definición de la Disposición Adicional cuarta de la LDC cuando se refiere acuerdos o prácticas concertadas entre dos o más competidores cuyo objetivo consista en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusiones en licitaciones. Esto es, el cartel no existe en el ámbito en el que se prestan los servicios sino en aquel en el que se licitan fraudulentamente las líneas de transporte.

2º La sentencia confunde el mercado de referencia y el mercado afectado.



La sentencia impugnada asimila 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 insular.

Existe una distinción entre mercado relevante y afectado. El mercado afectado se delimita por el alcance de las conductas anticompetitivas desarrolladas por las empresas, y puede no coincidir con el mercado de producto y geográfico relevante, ya que no viene determinado por el ámbito en el que las condiciones de competencia son homogéneas.

El concepto de mercado afectado por la conducta infractora, que puede o no coincidir con el mercado de producto y geográfico relevante, 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. Así lo dijo la propia Audiencia nacional en su sentencia 30 de noviembre de 2013 (recurso 110/2012).

Debe atenderse a la dimensión geográfica afectada por la conducta globalmente considerada, sin perjuicio de que no todas las partícipes de la infracción desarrollen su actividad en todas y cada una de las distintas áreas que conforman dicha dimensión geográfica global y sin que necesariamente dicho espacio geográfico afectado coincida con la definición geográfica del mercado relevante asociado al servicio o producto objeto de la restricción de competencia.

En cuanto a los mercados afectados en el presente caso, la resolución impugnada sanciona 3 infracciones que tienen una afectación geográfica distinta. De ahí que en la resolución se haga referencia a distintos mercados geográficos afectados. Tal y como se precisa de forma clara en la resolución impugnada, la dimensión geográfica del "mercado afectado" por la infracción que se imputa a la actora- junto con otras 36 empresas - 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.

3º La definición de mercado geográfico no es un elemento esencial del tipo infractor puesto que es perfectamente posible que exista un cartel entre empresas que no operen en el mismo mercado sino en otros conexos y puesto que una vez probada la existencia del acuerdo anticompetitivo, la definición del mercado resulta irrelevante.

El mercado no es un elemento imprescindible del tipo en los supuestos del artículo 1 de la LDC. El cartel se define como "todo acuerdo o practica concertada entre dos o más competidores" no exige que todos los miembros del cartel sean competidores en el mismo mercado de producto o geográfico.

Aun incluso si se considerara que la definición de mercado geográfico expuesta en la resolución es incorrecta y la misma debiera limitarse a cada una de las Islas, la consecuencia anulatoria sería incorrecta y contraria a la doctrina jurisprudencial sentada en la STS de 21 de mayo de 2020 (rec. 7880/2018) 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 cartel, aunque dicha empresa no comercialice productos en el mercado principal de referencia, pero si lo haga en un mercado conexo del de referencia.

La calificación de la conducta del artículo 1 de la LDC y su autoría vienen determinadas principalmente por el contenido del acuerdo y la voluntad que persigue el mismo.

Y por la incorrecta aplicación de la normativa y jurisprudencia sobre la importancia del mercado en los acuerdos del artículo 1 de la LDC.

4º Discrepa también de los criterios utilizados para configurar la condición de competidor en los acuerdos del art. 1 de la LDC.

La sentencia considera que las empresas operen en mercados geográficos distintos elimina la posibilidad de ser competidores, pero el concepto de competidor es amplio en incluye tanto los competidores reales como los potenciales ( art. 63 de la LDC, 101 del TFUE).

De modo que la conducta del cartel se puede llevar a cabo entre empresas que en ese momento no son competidoras reales en el mercado afectado por la conducta. Lo esencial es el contenido del acuerdo y los objetivos perseguidos a través de este.

En este caso, las empresas se reunían y acordaban un reparto de lotes en los contratos licitados por la Administración y ello solamente tiene sentido si las empresas se consideran entre ellas mismas como competidoras. Por ello, el análisis apriorístico y teórico del concepto de competidor a partir de la definición

del mercado, sin ahondar en la realidad de los hechos, ha llevado al extremo de considerar que no había un cártel cuando en realidad la mayoría de las empresas que han sido sancionadas operaban en la isla de Palma de Mallorca.

Por todo ello solicita se estime el recurso de casación y se desestime íntegramente el recurso contencioso, confirmando la resolución de la CNMC. Y que se declare que, en las conductas calificadas como cárteles, la delimitación exacta del mercado relevante, y, más concretamente, del mercado geográfico, no es un elemento del tipo de la infracción tipificada en los citados artículos determinante para valorar la antijuricidad de la conducta infractora.

**CUARTO.** El recurso de casación interpuesto por la entidad "Ultramar" cuestiona la sentencia impugnada en cuanto confirmó la infracción referida a los acuerdos de subcontratación de servicios de transporte de viajeros.

Argumenta que los contratos celebrados por Ultramar con otras cinco empresas de transporte de viajeros fueron contratos mercantiles por escrito sin secretismo. Ultramar forma parte del grupo de tour operación TUI, cuyo negocio principal consiste en la comercialización de paquetes de viajes, que incluyen los servicios de transporte en autobús entre el hotel y el puerto/aeropuerto y para excursiones. Como se demostró en dicho informe pericial, en los años cubiertos por la investigación de la CNMC, Ultramar transportó entre 2,9 y 3,6 millones de pasajeros al año; la gran mayoría de ellos (entre el 84% y el 92%) eran pasajeros del grupo TUI. Ultramar prácticamente no compite por los viajeros en el mercado: su actividad se centra casi exclusivamente en prestar servicio a los viajeros de su propio grupo empresarial. Para ello, Ultramar utiliza medios propios o, teniendo en cuenta los volúmenes (millones de pasajeros al año) y la estacionalidad del turismo, subcontrata los servicios de otros transportistas, mediante contratos como los que son objeto de este recurso.

La CNMC considera que los contratos suscritos entre la sociedad "ultramar" y otras empresas de transporte de viajeros son acuerdos de reparto de mercado, por los cuales las empresas participantes se asignan mutuamente la prestación de servicios de transporte en función del cliente o del territorio.

La clave de bóveda del razonamiento de la CNMC se encuentra en que, a efectos del artículo 1 LDC, la licitud de un acuerdo de subcontratación de servicios de transporte depende de que la necesidad de subcontratar sea puramente "puntual, coyuntural o excepcional". Así lo formula en su resolución al afirmar "[...] sin que dichos contratos respondan a una necesidad puntual, coyuntural o excepcional de la demanda que no pueda ser prestada con medios propios, como se contemplaba hasta julio de 2013 en el artículo 97 de la LOTT".

Así pues, la CNMC considera que la subcontratación de los servicios de transporte discrecional fuera de una necesidad puntual es - en sí misma - un reparto de clientes. El matiz es importante: no existe en el presente caso un cártel de reparto de clientes del que la subcontratación sea un medio de ejecución o encubrimiento. Y en ningún momento especifica si dicha supuesta infracción lo es por su objeto por su efecto.

La sala de instancia da por hecho, apodóticamente, que la celebración de dichos contratos constituye una restricción por objeto.

Lo que se debe determinar es si la Sala de instancia podía válidamente concluir que el artículo 1 LDC prohíbe, por su objeto, la subcontratación de servicios en bloque (es decir, para un determinado cliente o zona geográfica), por periodos de tiempo prolongados y a cambio de una compensación económica, sin que ello responda a una necesidad puntual.

La sociedad recurrente, por el contrario, sostiene que una empresa que, como Ultramar, transporta unos tres millones de pasajeros al año debe ser libre de organizar dicho transporte con la combinación de medios propios y ajenos que considere conveniente, y de asegurarse dichos medios ajenos a través de contratos estables que permitan acordar el precio sin la desventaja que supone negociar con la contraparte cada vez que surge la necesidad "puntual" de subcontratar. Y ello por varias razones:

1º La LOTT no es un canon de interpretación de la LDC.

Aunque es obvio, conviene recordar que la regulación del régimen de la subcontratación de servicios de transporte en la LOTT es irrelevante a efectos de la interpretación y aplicación del artículo 1 LDC.

En todo caso, tras la reforma de la LOTT de 2013, las empresas de transporte discrecional no están sujetas, para contratar la prestación de servicios por otro transportista, ni a la utilización de la figura contractual de la "colaboración" ni al requisito, asociado a dicha figura, del exceso coyuntural de demanda; a partir de entonces, las empresas de transporte discrecional pueden contratar dichos servicios utilizando la figura de la "intermediación", que la LOTT no somete a requisito alguno y en particular al del aumento coyuntural de demanda.



No existiendo afectación al comercio entre Estados miembros, cabe interpretar el artículo 1 LDC sin sujeción al Derecho comunitario, pero nada impide acudir a éste como guía interpretativa.

Es preciso un pronunciamiento de esa Sala sobre si, en el Derecho nacional y excluida la aplicación del Derecho comunitario, el artículo 1 LDC prohíbe, por su objeto (como ha declarado la Sala de instancia) y en ausencia de cualquier otra circunstancia, la celebración de acuerdos de subcontratación que no respondan a necesidades puntuales.

No existe en España ninguna norma ni jurisprudencia que declare prohibidos por el artículo LD los acuerdos de subcontratación por el mero hecho de que no respondan a necesidades puntuales.

Por todo ello considera que la sentencia de instancia vulnera el art. 1 de la LDC, el art. 27 de la Ley 40/2015 y los artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución.

La subcontratación es muy habitual en el sector del transporte, dada la necesidad de minimizar capacidad ociosa. En efecto, en función del libre cálculo de rentabilidad de cada operador económico, puede ser preferible subcontratar la prestación a un tercero - cediéndole una parte del precio - a disponer de una flota elevada de vehículos que pueden quedar sin uso en momentos de baja actividad.

Y en la "Comunicación de la Comisión Europea de 18 de diciembre de 1978, referente a la consideración de los subcontratos respecto a las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea [hoy artículo 101 TFUE]" (Diario Oficial de la CE nº C 1, de 3 de enero de 1979), aún vigente, declaraba expresamente lo siguiente: "La Comisión considera que a aquellos contratos, consecuencia o no de pedidos de terceros, en virtud de los cuales una empresa, el 'ordenante', encarga a otra, el 'subcontratista', según las directrices de aquélla, la fabricación de productos, la prestación de servicios o la ejecución de trabajos destinados a ser entregados al ordenante o cumplimentados por cuenta de éste, no les afecta, como tales, la prohibición establecida por el apartado 1 del artículo 85".

Y en las Directrices de la Comisión Europea sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal, que engloba los acuerdos de subcontratación en la categoría de "acuerdos de producción" (apartado 150 de la Comunicación): "Generalmente, los acuerdos que implican fijar los precios, limitar la producción o repartirse el mercado o los clientes restringen la competencia por el objeto. Sin embargo, en el contexto de los acuerdos de producción, esto no se aplica cuando:

- las partes se ponen de acuerdo sobre la producción directamente afectada por el acuerdo de producción (por ejemplo, la capacidad y el volumen de producción de una empresa en participación o la cuantía acordada de productos procedentes de una externalización), a condición de que no se eliminen los otros parámetros de la competencia [...]".

La subcontratación es un pacto por que se asigna una determinada producción a cada parte, pero eso no significa que sea un acuerdo de reparto de mercados. Pero es ilógico concluir que la subcontratación de servicios de transporte de viajeros restringe el artículo 1 de la LDC por su objeto por el mero hecho de no ser puntual o coyuntural.

Así, en respuesta a la cuestión de interés casacional se considera procedente afirmar que "no concurriendo circunstancias adicionales, un acuerdo entre competidores por el cual uno de ellos subcontrata al otro la prestación de un servicio no es constitutivo de infracción por objeto del artículo 1 de la LDC, siendo irrelevante a efectos de esa apreciación que dicha subcontratación responda o no a una necesidad puntual o coyuntural de la empresa subcontratante".

Por todo ello se solicita una sentencia en la que se estime el recurso de casación y se anule la sentencia, dictando otra en su lugar por la que estimando íntegramente nuestro recurso contencioso-administrativo y se anule la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia de 9 de marzo de 2017.

**QUINTO.** La empresa Ultramar se opone al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado.

1º Sobre la supuestamente errónea identificación del mercado.

La definición del mercado relevante es una cuestión de hecho cuyo análisis está vedado en casación. En realidad, en el recurso se disiente de la delimitación del mercado geográfico de referencia apreciada por la Audiencia Nacional.

La concreta extensión del mercado relevante de producto y geográfico es un hecho, una circunstancia, una realidad; apreciable por los órganos administrativos de defensa de la competencia y por los Tribunales pero no por ello una cuestión jurídica. Y así lo ha declarado la sentencia del TJUE en sus sentencias de 11 de julio de 2013 (asunto C-439/11 P. Ziegler SA c. Comisión (apartados 74 y 75)).



El escrito de interposición propone un criterio de delimitación del mercado geográfico; acertado o no (más bien lo segundo), pero en todo caso el suyo.

2º Sobre la supuesta confusión entre mercado de referencia y mercado afectado.

Esta parte conoce la distinción que ha operado en algunas sentencias la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional entre mercado relevante y mercado afectado. No obstante, dicha distinción no existe en la Comunicación de la Comisión Europea sobre la definición del mercado de referencia (antes citada), que no contempla el concepto de "mercado afectado" ni, mucho menos, lo concibe como distinto del "mercado relevante (o de referencia)". Tampoco ha realizado nunca esa distinción - que sepa esta parte - ni la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo a la que nos dirigimos, ni el Tribunal de Justicia de la UE en supuestos de aplicación del artículo 101 del Tratado de funcionamiento de la UE.

La representación de la CNMC hace supuesto de la cuestión, porque da por hecho que empresas presentes en una sola isla contribuyeron con su actuación (o inacción) a restringir la competencia en otras islas. Eso es precisamente lo que pone en duda la sentencia de instancia.

Subyace un nuevo desacuerdo sobre la apreciación de los hechos del caso esto es, si empresas que solo actuaban en una isla contribuyeron a restringir la competencia en otras islas distintas.

3º Sobre la supuesto irrelevancia de la definición del mercado en el art. 1 de la LDC.

La empresa no discute que la competencia puede restringirse tanto entre competidores reales como entre competidores potenciales, pero para que se tome en consideración la posibilidad de ser competidor potencial como sujeto infractor se tendría que haber demostrado que la empresa que actúa en una isla es competidora potencial de la empresa que actúa en otra isla distinta.

En todo caso, con independencia de la respuesta que se dé a la cuestión referida al mercado geográfico que presenta interés casacional, Ultramar no presta servicios de transporte escolar por lo que no participo en ninguna de las licitaciones de este cartel.

- Ultramar no presta servicios de transporte escolar, sino que se dedica únicamente al transporte turístico de viajeros para las empresas de tour operación de su grupo empresarial (TUI Group).

- La facturación de Ultramar por servicios de transporte escolar es nula.

- La propia resolución de la CNMC admite que Ultramar "no [tiene] actividad en el mercado afectado" (FºDº Sexto, apdo. 6.2.2, pág. 139).

- Ultramar no concurrió a ninguna de las tres licitaciones de servicios de transporte escolar objeto del cártel (las de 2004, 2005 y 2013), y, en consecuencia, no figura entre las empresas adjudicatarias de las rutas licitadas.

- La resolución de la CNMC exonera nada menos que a otras nueve empresas que participaron en reuniones del cártel de transporte escolar, por la exclusiva razón de que no fueron adjudicatarias de ninguno de los lotes de licitación objeto del cártel. Ultramar tampoco fue adjudicataria de ningún lote y, sin embargo, sí resultó sancionada.

Y por lo que respecta a la cuestión de interés casacional a juicio de esta parte procede dejar sin respuesta la primera cuestión casacional planteada en el Auto de admisión, porque la crítica de la CNMC a la sentencia de instancia se limita a una pura cuestión de hecho: la definición del mercado relevante tenida en consideración por la Audiencia Nacional, con la que simplemente discrepa.

Subsidiariamente, entendemos que dicha cuestión casacional debe resolverse justamente en el sentido opuesto al solicitado por la CNMC, esto es declarando lo siguiente (transcribimos a continuación la contestación propuesta por la CNMC en su escrito de interposición, señalando en negrita lo que, por el contrario, propugna esta parte):

"Que, en las conductas calificadas como cárteles, la delimitación exacta del mercado relevante y, más concretamente, del mercado geográfico, puede ser o no ser, en función de las circunstancias del caso, un elemento del tipo de la infracción tipificada en los citados artículos determinante para valorar la antijuridicidad de la conducta infractora".

**SEXTO.** Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 5 de diciembre de 2023, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO



**PRIMERO.** El Abogado del Estado y el representante legal de la entidad mercantil "Ultramar" interponen sendos recursos de casación contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 5 de mayo de 2022 (rec. 340/2017) por la que se estimó en parte el recurso interpuesto por Ultramar contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 9 de marzo de 2017 recaída en el expediente "S/DC/0512/14 Transporte Balear de Viajeros".

El Abogado del Estado impugna la sentencia por cuanto anula la sanción impuesta a la sociedad "Ultramar" por una infracción única y continuada que entra dentro de la definición de cartel por los acuerdos de fijación de precios mínimos y reparto de las rutas escolares.

Y la empresa "Ultramar", por el contrario, cuestiona la sentencia impugnada en cuanto confirmó la sanción impuesta por otra infracción referida a los acuerdos de subcontratación de servicios de transporte de viajeros.

**SEGUNDO.** La presente controversia se centra, tal y como se afirmó en el Auto de admisión en torno a las siguientes cuestiones:

(i) Perfilar, precisar o concretar la 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 determinar los efectos que la distinción entre mercado relevante y mercado afectado puede tener en la delimitación del elemento esencial del tipo de la infracción tipificada en los citados artículos.

(ii) Determinar si es posible subsumir en el tipo de infracción del artículo 1 LDC la subcontratación de servicios de transporte discrecional de viajeros que no responda a necesidades puntuales.

**TERCERO.** Marco normativo y antecedentes fácticos.

Conviene recordar que el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia establece lo siguiente:

"Artículo 1. Conductas colusorias.

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."

El concepto de cártel figura en la disposición adicional cuarta de la misma ley:

"Disposición adicional cuarta. Definiciones.

[...]

2. A efectos de lo dispuesto en esta ley 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 o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, incluso en relación con los derechos de la propiedad intelectual e industrial; la asignación de cuotas de producción o de venta; el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia."

Por último, el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea dispone:

"Artículo 101

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."

Como hemos anticipado, los hechos que subsumió el órgano sancionador en dichos preceptos afectó al servicio de transporte de viajeros por carretera en autobús en las Islas Baleares en varios de sus segmentos, en concreto y en lo que aquí interesa, al servicio de transporte público regular de uso especial de escolares prestado a centros públicos, sujeto a licitación para el curso escolar 2004/2005 a través de un procedimiento negociado sin publicidad y mediante licitaciones públicas convocadas por concursos de los años 2005 y 2013 en la Comunidad Autónoma Balear.

Relata la resolución sancionadora que con ocasión de tales licitaciones los principales competidores del transporte de viajeros en las Islas Baleares, que representaban la práctica totalidad de la oferta en dicho territorio, se repartieron las rutas escolares, distribuyéndose los diferentes lotes sacados a licitación y fijando unos precios mínimos. Las transportistas acordaron participar en las licitaciones convocadas por la Administración facilitando la adjudicación a las empresas previamente designadas por el cártel, generalmente a través de la técnica de no presentar ofertas las restantes empresas o bien presentando ofertas intencionadamente más altas que la empresa acordada por el cártel como adjudicataria. Para ello contaron con la colaboración de la Federación Empresarial Balear de Transportes, de modo que las ofertas presentadas eran conocidas previamente por las entidades integrantes del cártel y la Federación realizaba una labor de seguimiento y control del cumplimiento en cuanto a su contenido. Esto originó que prácticamente la totalidad de las ofertas presentadas tanto en la licitación de 2005 como en la siguiente de 2013 fueran ofertas únicas al precio máximo de licitación y, en gran medida, las rutas escolares fueran adjudicadas a las mismas empresas en ambas licitaciones.

#### **CUARTO.** Mercado geográfico y cártel de transporte escolar.

La sentencia de la Audiencia Nacional objeto del presente recurso de casación anuló la sanción impuesta porque consideró que el hecho de que las empresas operen en mercados geográficos distintos elimina toda posibilidad de que sean o puedan ser consideradas competidoras, y por tanto autoras de una infracción de cártel. Expresó que las particularidades de la insularidad hacen inviable la competencia entre transportista localizados en islas diferentes y, en consecuencia, no existe un mercado en el que compitan las empresas sancionadas. Con este criterio, la sentencia recurrida identifica el mercado relevante con cada una de las islas del archipiélago, y anuló la resolución de la CNMC por la defectuosa definición del mercado geográfico en que se proyecta el cártel.

Tal y como señalamos en la sentencia de 22 de diciembre de 2023 (rec. 8106/2022) y ahora reiteramos, no podemos compartir la conclusión alcanzada por la sentencia de instancia por varias razones:

##### 1. Las infracciones por objeto y el mercado relevante.

No podemos perder de vista que, entre las modalidades de infracción que establecen los preceptos legales que hemos transcrito, 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.

Esta Sala ha examinado en muchas ocasiones la distinción entre infracciones "por objeto" e infracciones "por efecto", 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:

"La 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 Hungaria 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."

En las infracciones por objeto 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 geográfico relevante, por cuanto, una vez probada la existencia de acuerdo anticompetitivo la definición del mercado no es 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:

"SEXTO.- El examen del recurso de casación. Sobre el grado de responsabilidad (o, en su caso, su exclusión) de aquellas empresas que tienen conocimiento de la dinámica de una práctica colusoria o la facilitan, pero no compiten en el mercado afectado.

[...] 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. [...]" (fundamento de derecho sexto)

## 2. Mercado relevante y cártel de transporte en el supuesto de autos.

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 en todas las islas de la Comunidad Autónoma, 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.

Así pues, 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 LDC 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.

Ello implica la estimación del recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado, casando y anulando la sentencia recurrida por lo que respecta a la anulación de la infracción única y continuada a fin de que la Sala de la Audiencia Nacional resuelva la cuestión sobre el mercado geográfico de conformidad con los términos expuestos y se pronuncie sobre el resto de las cuestiones planteadas que no fueron examinadas en la instancia respecto de esta infracción.

**QUINTO.** Sobre la subcontratación de transporte discrecional y su inclusión como infracción del art. 1 LDC.

La empresa Ultramar cuestiona la sentencia impugnada en cuanto confirmó la infracción referida a los acuerdos de subcontratación de servicios de transporte de viajeros.



El Auto de admisión, en relación esta cuestión, considera que presenta interés casacional determinar si es posible subsumir en el tipo de infracción del artículo 1 LDC la subcontratación de servicios de transporte discrecional de viajeros que no responda a necesidades puntuales.

Tiene razón dicha entidad cuando afirma que la LOTT no es un canon de interpretación para que una conducta pueda o no ser sancionada por defensa de la competencia. La subcontratación de un servicio podrá o no ser contraria a las previsiones de la Ley de Ordenación del Transporte, pero la supuesta infracción de dicha normativa no determina per se una actuación contraria a la competencia.

En el supuesto que nos ocupa, la empresa Ultramar, dedicada al transporte turístico, forma parte de una empresa mayoritaria de turismo (TUI) que comercializa viajes organizados entre los que se incluye el transporte de los turistas (excursiones, transporte desde el aeropuerto etc). Al margen de que, según se afirma en el informe pericial, la gran mayoría de los clientes de Ultramar pertenecen al grupo TUI, debe añadirse que el resto son clientes propios, por lo que los contratos de cesión o subcontratación de los servicios se produce respecto de una clientela ya captada.

Esta circunstancia determina que los acuerdos bilaterales con otras empresas no tienen por objeto repartirse un mercado para captar nueva clientela sino prestar un servicio a los que ya tiene la consideración de clientes de la empresa y, ello excluye la existencia de una conducta colusoria, con total independencia de si la subcontratación está o no permitida, y en qué circunstancias, en la normativa de transporte.

La Comunicación de la Comisión Europea de 18 de diciembre de 1978, referente a la consideración de los subcontratos respecto a las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea [hoy artículo 101 TFUE], aún vigente, declaraba expresamente: "La Comisión considera que a aquellos contratos, consecuencia o no de pedidos de terceros, en virtud de los cuales una empresa, el 'ordenante', encarga a otra, el 'subcontratista', según las directrices de aquélla, la fabricación de productos, la prestación de servicios o la ejecución de trabajos destinados a ser entregados al ordenante o cumplimentados por cuenta de éste, no les afecta, como tales, la prohibición establecida por el apartado 1 del artículo 85".

Por ello, no se aprecia la existencia de la infracción del art. 1 de la LDC y debe anularse la sanción impuesta a la empresa "Ultramar Express Transport" por tal motivo, sanción que supone una multa de 3.170.820 €.

**SEXTO.** Resolución de la cuestión de interés casacional.

En respuesta a las cuestiones sobre las que se advirtió la existencia de un interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia debemos afirmar:

Respecto a la primera, consistente 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 determinar los efectos que la distinción entre mercado relevante y mercado afectado puede tener en la delimitación del elemento esencial del tipo de la infracción tipificada en los citados artículos, tomando en consideración la actividad de que se trata y la insularidad de los territorios en que se desarrolla la misma, y todo ello en relación con la condición de competidor.

Pues bien, 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. 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.

La calificación de la conducta del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea 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.

Por otra parte, 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).

Y por lo que respecta a la segunda, consistente en determinar si es posible subsumir en el tipo de infracción del artículo 1 LDC la subcontratación de servicios de transporte discrecional de viajeros que no responda a necesidades puntuales. Consideramos que la Ley de ordenación del Transporte por carretera, y los requisitos que ésta establece para la subcontratación de servicios, no es un canon de interpretación que condicione si una conducta pueda o no ser sancionada por defensa de la competencia.



Un acuerdo por el cual una empresa subcontrata con otras la prestación de un servicio a sus propios clientes no es constitutivo de infracción por objeto del artículo 1 de la LDC, siendo irrelevante a efectos de esa apreciación que dicha subcontratación responda o no a una necesidad puntual o coyuntural de la empresa subcontratante.

**SÉPTIMO.** Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el art 93.4 LJ cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad sin que se aprecien razones de temeridad o mala fe en el presente litigio que justifiquen la imposición de las costas a ninguna de las partes intervinientes.

**FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento jurídico sexto:

1º Estimar el recurso interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 5 de mayo de 2022 (rec. 340/2017) casando y anulando la sentencia recurrida por lo que respecta a la anulación de la infracción única y continuada impuesta a Ultramar por importe de 150.000 €.

Se acuerda devolver las actuaciones a la Sala de la Audiencia Nacional para que resuelva la cuestión sobre el mercado geográfico de conformidad con los términos expuestos y se pronuncie sobre el resto de las cuestiones planteadas que no fueron examinadas en la instancia respecto de esta infracción.

2º Estimar el recurso de casación interpuesto por "Ultramar Express Transport" anulando la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 5 de mayo de 2022 (rec. 340/2017) por lo que respecta a la confirmación de la sanción impuesta a dicha entidad por importe 3.170.820 €.

Y estimar el recurso interpuesto por "Ultramar Express Transport" contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 9 de marzo de 2017 recaída en el expediente "S/DC/0512/14 Transporte Balear de Viajeros" por lo que respecta a la sanción de multa de 3.170.820 €, impuesta a la empresa "Ultramar Express Transport" por la infracción referida a los acuerdos de subcontratación de servicios de transporte de viajeros, anulando dicha sanción.

3º No imponer las costas de casación a ninguna de las partes.

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

Así se acuerda y firma.