



Roj: **STS 480/2024 - ECLI:ES:TS:2024:480**

Id Cendoj: **28079130032024100018**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **05/02/2024**

Nº de Recurso: **5978/2022**

Nº de Resolución: **193/2024**

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

Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2115/2022,**  
**ATS 14739/2022,**  
**STS 480/2024**

## TRIBUNAL SUPREMO

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Tercera**

**Sentencia núm. 193/2024**

Fecha de sentencia: 05/02/2024

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **5978/2022**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 30/01/2024

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.: **5978/2022**

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. 193/2024**

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 5 de febrero de 2024.

Esta Sala ha visto por los magistrados indicados al margen, en su Sección Tercera, el recurso de casación número **5978/2022**, interpuesto por el Abogado del Estado, en la representación que ostenta, 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 ordinario nº 317/2017.

Ha intervenido como parte recurrida la procuradora de los tribunales doña Silvia Vázquez Senín, en nombre y representación de Autocares Levante S.A., bajo la dirección letrada de don Manuel Vélez Fraga.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** La Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 5 de mayo de 2022, estimatoria parcial del recurso contencioso-administrativo n.º 317/2017 interpuesto por la representación procesal de Autocares Levante S.A. contra la resolución de 9 de marzo de 2017, de la Sala de la Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), por la que, entre otros extremos, se impuso a la recurrente dos sanciones de multa de 20.000 € y de 57.939 € por su participación en una infracción única y continuada constitutiva de un cártel del transporte escolar por los acuerdos de fijación de precios mínimos y reparto de rutas escolares desde el 2004 por las licitaciones públicas convocadas en 2005 y 2013 del transporte escolar de las Islas Baleares al menos desde octubre de 2004, estando aún vigentes los efectos de dicho cártel, pues los contratos derivados de la licitación de 2013 se mantienen hasta el curso escolar 2016/2017; y otra por una conducta anticompetitiva consistente en la adopción de acuerdos bilaterales con la empresa ULTRAMAR para repartirse los servicios de transporte discrecional de viajeros demandados por los clientes en determinadas zonas del noroeste de la Isla de Mallorca, entre el 1 de mayo de 2015 y el 30 de abril de 2016.

**SEGUNDO.** Notificada la sentencia, el Abogado del Estado y la mercantil Autocares Levante S.A. prepararon sendos recursos de casación contra aquella, denunciando, el primero, la infracción de los artículos 1 LDC y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), y la segunda, la vulneración de los arts. 1 y 4 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en relación con los artículos 54.1, 76, 89.2 y 99.1 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres.

**TERCERO.** La Sala de instancia tuvo por preparado el recurso por auto de 21 de julio de 2022, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia dentro del plazo de treinta días ante esta Sala, así como la remisión de los autos originales y del expediente administrativo.

**CUARTO.** Se han personado ante esta Sala, en calidad de partes recurrentes y partes recurridas, el Abogado del Estado y Autocares Levante S.A., representada por la procuradora de los Tribunales Dª Silvia Vázquez Senín.

**QUINTO.** Con fecha de 27 de octubre de 2022, se dictó auto acordando:

"1.º) Admitir el recurso de casación n.º **5978/2022** preparado por el Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta, 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 contencioso-administrativo n.º 317/2017. E Inadmitir el recurso de casación preparado por la representación procesal de Autocares Levante S.A., con imposición de costas a la parte recurrente en los términos señalados en el razonamiento jurídico cuarto de la presente resolución.

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".

**SEXTO.** Concedido el plazo a la parte recurrente para interponer el recurso de casación, éste fue presentado en tiempo y forma.

En su escrito de interposición, el Abogado del Estado alegó que la sentencia recurrida infringía los artículos 1 LDC y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

Solicitó la fijación de la doctrina casacional consistente en 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 antijuridicidad de la conducta infractora.

Terminó suplicando se dicte sentencia por la que estime el recurso de casación interpuesto, casando y anulando la sentencia recurrida, fijando en consecuencia la doctrina casacional solicitada.

**SÉPTIMO.** Por Providencia de 16 de noviembre de 2022, se tuvo por interpuesto el recurso de casación presentado por el Abogado del estado, y se acordó dar traslado del escrito de interposición a la parte recurrida y personada, para que pudiera oponerse al recurso.

**OCTAVO.** Presentado el escrito de oposición, y no considerándose necesaria la celebración de vista pública, por Providencia de 14 de noviembre de 2023, se señaló para la votación y fallo del recurso el día 30 de enero de 2024, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Resolución objeto de casación

Mediante el presente recurso de casación el Abogado del Estado, en representación y defensa de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), impugna la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 5 de mayo de 2022, estimatoria parcial del recurso contencioso-administrativo n.º 317/2017 interpuesto por la representación procesal de Autocares Levante S.A. contra la resolución de 9 de marzo de 2017, de la Sala de la Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), por la que, entre otros extremos, se impuso a la recurrente e multa de 20.000 € por su participación en una infracción única y continuada constitutiva del cártel del transporte escolar en las Illes Balears al menos desde octubre de 2004, estando aún vigentes los efectos de dicho cártel, pues los contratos derivados de la licitación de 2013 se mantienen hasta el curso escolar 2016/2017.

La Sala de instancia estima parcialmente el recurso y anula la sanción de multa impuesta a la recurrente por importe de 20.000 €, atendiendo a la incorrecta definición del mercado geográfico.

La acción imputada residió en la creación de un cártel del transporte escolar en las Islas Baleares desde octubre de 2004 hasta el curso escolar 2016/2017, por el que 36 empresas transportistas, con el conocimiento y participación de la Federación Empresarial Balear de Transportes, convinieron precios mínimos en traslados de escolares y se repartieron las rutas de las licitaciones convocadas en 2005 y 2013 por el Gobierno balear, por lo que en la mayoría de los casos se presentaron ofertas únicas al precio máximo de licitación en los lotes ofertados por la Consejería de Educación Balear para la prestación de servicios de transporte escolar a centros públicos.

La sentencia impugnada estimó el recurso de la entidad sancionada con el siguiente fundamento:

"SÉPTIMO: [...] Podemos así concluir, conjugando ambos preceptos, 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 pues 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, Adriática di Navigazione SpA c. Comisión señalaba que "un error en la atribución de responsabilidades puede tener origen en una definición insuficiente y confusa del mercado de referencia".

Como hemos visto, el análisis del mercado debe hacerse de manera pormenorizada y en cada caso concreto. En el supuesto que nos ocupa, la CNMC ha definido el mercado afectado como el de "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" que fue objeto de dos licitaciones por la Consejería en los años 2005 y 2013, y precisa que "el mercado geográfico afectado por las conductas objeto de investigación abarca al conjunto de la 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 contradicción puesto que extiende el área geográfica al territorio de la Comunidad Autónoma, cuando por el tipo de servicio que se presta, por islas, no puede configurar un mercado global en los contornos de ese ente autonómico cuando los servicios y los competidores están circunscritos al marco territorial de cada isla. Difícilmente un transportista de la isla de Mallorca, como es el caso, puede competir en el mercado con otro de Menorca o Formentera cuando el aislamiento y circunscripción insular de cada territorio lo hace imposible; al menos, la resolución sancionadora no ha explicado ni motivado como puede incluirse en el mercado geográfico de las Illes Balears el servicio de transporte regular escolar prestado en cada una de las islas que forman las Illes Balears cuando las particularidades de la insularidad hacen inviable la competencia entre transportistas localizados en islas diferentes.

Precisamente, esta circunstancia fue tenida en consideración por el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia, en su informe C-56/00 SALCAI/UTINSA, también relacionado con las concesiones en el sector del transporte, que valoró que la insularidad determinaba que el servicio estuviera prestado exclusivamente por empresas de la isla de Gran Canaria. En esa ocasión, se indicó que "el 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" y 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 y 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.

OCTAVO: En definitiva, sin necesidad de entrar a examinar los concretos motivos de impugnación aducidos en la demanda, esta Sala acuerda la estimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto por AUTOCARES LEVANTE dada la incorrecta definición que del mercado geográfico ha efectuado la CNMC que, sin más precisión, lo ha fijado en el de las Illes Balears. Esa incorrecta definición repercute en la conducta y en la participación de la entidad aquí recurrente toda vez que, resulta incontrovertido que la actora solo prestaba servicios en la isla de Menorca y ello determina que sea difícil considerarla como empresa competidora de las empresas de transporte escolar que realizan su actividad en otras islas en las que, dada la insularidad, no se comprende, o al menos, la CNMC no lo ha explicado así en la resolución impugnada, en qué medida pueden considerarse 4 competidoras las empresas de transporte escolar que realizan exclusivamente rutas escolares en una de las islas como para poder calificar la conducta del reparto del mercado y de las rutas escolares de las Illes Balears como anticompetitiva y constitutiva de una infracción única y continuada que implica un plan global concertado entre empresarios que, en un principio, es difícil que puedan ser competidores dado que la actividad que desarrollan se realiza en lugares geográficos concretos lo que, dadas las peculiaridades del mercado geográfico afectado, era exigible a la CNMC una mayor explicación de la conexión entre todas las empresas incluidas en un mismo cártel".

**SEGUNDO.** Motivos de casación deducidos por la parte recurrente.

El Abogado del Estado, en el escrito de interposición de este recurso, se alza contra la sentencia impugnada con los siguientes argumentos:



1.- La sentencia efectúa una errónea calificación del mercado, al considerar 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 CNMC, es el de las licitaciones públicas que convoca la Administración adjudicataria de las rutas para la prestación de los servicios. Esto es así 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.

Refiere el recurrente 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.

2.- La sentencia de la Audiencia Nacional 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 recurrente 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.

3.- La sentencia infringe el art. 1 LDC en relación con el art. 101 TFUE porque considera 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).

Añade que, incluso considerando 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.

No estima pertinente 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.

4.- 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.

**TERCERO.** Términos del debate y criterio de esta Sala.

Los fundamentos en que la sentencia de instancia sustentó su criterio favorable a la estimación del recurso, así como los motivos de interposición del recurso de casación que articula la Administración recurrente y la cuestión de interés casacional que se plantea, son sustancialmente iguales a los del recurso de casación 8106/2022, resuelto por la reciente sentencia de esta Sala nº 1779/2023, de 22 de diciembre de 2023. En virtud de los principios de seguridad jurídica y unidad de doctrina, tales coincidencias obligan a remitirnos a dicho precedente para dar respuesta al recurso, reproduciendo en lo esencial su fundamentación jurídica.

En dicha sentencia dijimos:

"QUINTO.- Delimitación del mercado geográfico

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 afectado.

Sin embargo, esta Sala considera que la conclusión alcanzada en la sentencia de instancia no es la adecuada por dos razones esenciales.

1.- En primer lugar, 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.

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 Hungría 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.

2.- 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 art. 1 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 impone la estimación del recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado, casando y anulando la sentencia recurrida a fin de que la Sala de la Audiencia Nacional se pronuncie sobre el resto de las cuestiones planteadas en la instancia que no fueron resueltas".

Este mismo criterio ha sido recogido en las sentencias dictadas por esta misma Sala y Sección, en los recursos de casación nº 8103/2022, rec. nº 8314/2022, rec. 7674/2022 y rec. 5968/2022.

#### **CUARTO.** Resolución de la cuestión de interés casacional

Como consta en los antecedentes de esta sentencia, la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste, literalmente, "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".

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, en la noción tradicional de lo que constituyen los elementos típicos de las conductas sancionables. El mercado es un ingrediente de lo que sí configura un elemento objetivo (o más bien normativo) del tipo que es el de 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 intranscendente 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).

Atendidas los anteriores fundamentos debe fijarse la siguiente jurisprudencia sobre la cuestión de interés casacional objetivo: En las conductas calificadas como cárteles, 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 los arts. 1 LDC y 101 TFUE, determinante para valorar la antijuridicidad de la conducta infractora.

**QUINTO.** Costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en el art 93.4 LJCA 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 cuarto:

- 1.- Estimar el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado, en nombre y representación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 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 317/2017, sentencia que anulamos.
- 2.- Retrotraer las actuaciones al momento anterior al dictado de sentencia a fin de que la Sala de instancia se pronuncie sobre los demás motivos del recurso deducidos por las partes.
- 3.- Fijar la doctrina casacional sentada en el fundamento de derecho séptimo de esta resolución.
- 4.- No imponer las costas del recurso de casación.

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

Así se acuerda y firma.