



Roj: **STS 1182/2024 - ECLI:ES:TS:2024:1182**

Id Cendoj: **28079130032024100045**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **28/02/2024**

Nº de Recurso: **5665/2022**

Nº de Resolución: **333/2024**

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

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2116/2022,**
ATS 14749/2022,
STS 1182/2024

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 333/2024

Fecha de sentencia: 28/02/2024

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **5665/2022**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 30/01/2024

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

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

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

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: **5665/2022**

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 333/2024

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 28 de febrero de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación, registrado con el número **5665/2022**, interpuesto por el Abogado del Estado, en la representación legal y asistencia letrada que le corresponde, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 5 de mayo de 2022, dictada en el recurso contencioso-administrativo 275/2017, que estimó el recurso contencioso-administrativo promovido contra la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 9 de marzo de 2017.

Ha sido parte recurrida la Procuradora de los Tribunales Rosa Sorribes Calle, en nombre y representación de la sociedad Herederos de Francisco Vilás, S.A. bajo la dirección letrada de Stefan Rating y Yolanda Martínez Mata.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo número 275/2017 la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, dictó sentencia el 5 de mayo de 2022, cuyo fallo dice literalmente:

"1.- Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora D.^a Rosa Sorribes Calle en nombre y representación de Herederos de Francisco Vilás, S.A, contra la resolución de 9 de marzo de 2017, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 150.822 euros.

2.- Anular la referida resolución en cuanto a la sanción impuesta a la entidad recurrente, por no ser en este extremo ajustada a Derecho."

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

"SEGUNDO.- La resolución impugnada, cuando aborda la cuestión relativa a las partes intervinientes, describe a HEREDEROS DE FRANCISCO VILAS, S.A. (HEREDEROS DE FCO. VILAS) indicando que tiene su domicilio social en Santa Eulalia del Río (Ibiza). El último importe de la cifra de negocios de HEREDEROS DE FCO. VILAS, según el Registro Mercantil, fue en 2012 de 2.945.388,12 €91. En 2014 HEREDEROS DE FCO. VILAS facturó 549.019,15€ por el transporte escolar en Ibiza. Está asociada a la Asociación Pituisa de Empresas del Servicio Regular de Viajeros, perteneciente a la FEBT93. HEREDEROS DE FCO. VILAS fue adquirida el 20 de enero de 2015 por las sociedades Jofrate 3, S.L. (99,5%) y Mas Curro, S.L.U. (0,05%). Jofrate 3, S.L. es la cabecera del grupo Jofrate, que forma parte del grupo de sociedades de la mercantil Norte de Inversiones, S.L.

TERCERO.- A continuación, la resolución recurrida incorpora un relato de hechos probados que resulta de la información aportada por la empresa solicitante de exención, AUTOCARES ALCAS, S.L., la recabada en las inspecciones llevadas a cabo en los domicilios sociales de FEBT, TRANSACOB, TRANSUNIÓN y ROIG BUS en abril de 2014 y en las contestaciones a los requerimientos de información realizados a empresas y asociaciones del sector.

Según expone la resolución recurrida la información aportada por la empresa solicitante de exención daba cuenta del reparto de las rutas escolares ofertadas mediante licitación pública por la Consejería de Educación balear en 2013, y la información recabada en las inspecciones ha corroborado la existencia de un cártel del que forman parte 35 empresas, entre ellas, HEREDEROS DE FRANCISCO VILAS con el conocimiento y participación de la FEBT, consistente en el reparto de los lotes (rutas escolares) de las licitaciones convocadas por dicha Consejería mediante el procedimiento de concurso público para la prestación de los servicios de transporte regular de uso especial (escolar) en las Illes Balears, habiéndose repartido los lotes de las licitaciones convocadas en 2005 y 2013, estando aún vigentes éstas últimas, así como la fijación de precios mínimos del servicio de transporte escolar a centros públicos en el curso escolar 2004/2005, que se licitó por la Consejería de Educación mediante el procedimiento negociado sin publicidad.

CUARTO.- En su demanda, el recurrente denuncia, en síntesis, que la solicitud de clemencia se refería al transporte escolar (un segmento, del transporte regular de uso especial), mientras que el objeto de las órdenes de inspección era el transporte discrecional.



Entiende por ello que las inspecciones fueron ilícitas, por cuanto se fundaron en órdenes de inspección que, fueron redactadas incorrectamente, delimitando un objeto y alcance que nada tenía que ver con los indicios aportados por el solicitante de clemencia.

En segundo lugar, la caducidad del procedimiento sancionador porque la solicitud de clemencia se presentó el 23 de diciembre de 2013, la CNMC realizó inspecciones el 23 de abril de 2014, pero no practicó requerimientos de información hasta transcurrido un año y no incoó el expediente sancionador hasta el 26 de agosto de 2015 esto es, un año y ocho meses después de la solicitud de clemencia.

También, se produjo la caducidad al suspender el cómputo del plazo para resolver simplemente para evacuar un trámite ordinario y presente en todos los procedimientos de competencia, como es el de la solicitud del volumen de negocios de las expedientadas en el ejercicio anterior al de la imposición de la multa. Esa solicitud de información debe estar prevista necesariamente dentro de los dieciocho meses que prevé la LDC para la resolución del procedimiento.

En tercer lugar, denuncia la vulneración de derechos fundamentales, en concreto de los arts 14 y 24 CE pues es manifiestamente imposible que la Dirección de Competencia tuviera debidamente en cuenta las alegaciones formuladas al PCH (rondando los 6.000 folios entre el PCH y la Propuesta de Resolución) y se limitó a rebatir solo algunas de ellas en bloque, mecánica e infundadamente en la Propuesta de Resolución.

Denuncia la falta de pruebas o indicios en el expediente que puedan fundamentar la imputación y sanción por una infracción del derecho de la competencia. De hecho, la solicitud de clemencia no la menciona y en relación con la licitación de 2005, el único indicio que se utiliza en su contra es una delegación de voto en una reunión asociativa, de la que no recibió acta alguna y sin que exista evidencia alguna posterior de concertación. Tampoco la CNMC afirma que tuviera conocimiento de cuanto allí se acordó.

Finalmente, denuncia la falta de motivación y desproporción de la sanción impuesta.

QUINTO.- No obstante la alteración del análisis de los motivos impugnatorios alegados frente a la resolución recurrida y una vez salvado el requisito de la congruencia de la sentencia con el traslado efectuado a las partes mediante la providencia de 11 de marzo de 2022, debemos comenzar con el examen de la definición del mercado geográfico afectado que hace la resolución recurrida.

Dice la actora que la resolución recurrida a partir de los indicios incluidos en su propio texto) debería haber considerado que el mercado geográfico afectado por las prácticas sería el de cada una de las islas o agrupaciones que componen las Illes Balears: Mallorca, Menorca e Islas Pitiusas (Ibiza y Formentera) porque tanto en las licitaciones del transporte escolar de 2005 como en las de 2013, la propia Consejería de Educación de Illes Balears fragmentó los contratos en zonas, atendiendo a las características propias de cada una de ellas.

El criterio seguido para la división en varios sectores fueron los municipios de cada una de las islas, manteniéndose las mancomunidades de la isla de Mallorca y configurándose el resto de sectores en base a las zonas de adscripciones de los centros y, dependiendo del número de rutas necesarias, se unieron diversos municipios dentro de un mismo sector, o bien, como en el caso de algunos municipios más grandes, se individualizaron.

A la hora de referirse a las zonas en las que se dividieron las licitaciones

en 2013, también se recoge la existencia de divisiones en zonas, a partir de las divisiones geográficas correspondientes a Mallorca, Ibiza-Formentera y Menorca (páginas 66 y 67 de la Resolución Recurrida).

Por ello, dice la actora, la CNMC, en el momento de delimitar el mercado

afectado por las prácticas, era conocedora de que las necesidades de transporte escolar no son uniformes en todo el territorio de las Illes Balears. Aun así, la resolución recurrida define el mercado geográfico afectado por la práctica como todo el territorio de la Comunidad Autónoma.

Tampoco tiene en cuenta el hecho particular insular porque a las empresas no les interesa presentar ofertas por lotes que le supongan desplazar sus autocares a centros que no se encuentren cerca de su base.

En particular, los autobuses utilizados para transporte escolar son empleados para este uso en franjas horarias muy limitadas por lo que el resto del día suelen destinarse a otros tipos de transporte (transporte turístico o empresarial) para rentabilizar el activo durante el máximo tiempo posible. Los operadores solo pueden optar a licitaciones públicas en las que puedan rentabilizar al máximo sus autobuses coordinando diversos servicios que, necesariamente, deben ser geográficamente próximos.



La insularidad genera una importante barrera de entrada para operadores de servicios de transporte de viajeros situados en otras islas. Así lo reconoce la propia la resolución recurrida al afirmar "las razones por las que se dividió la licitación de 2005 en 19 sectores geográficos vinieron determinadas por las características geográficas del archipiélago balear".

Concluye la actora que una definición de mercado más estrecha y limitada hubiera permitido a la CNMC valorar los hechos y las justificaciones alternativas esgrimidas, como son: (i) que los precios ofertados en las licitaciones sean cercanos al precio de licitación por la escasa rentabilidad del servicio que debe complementarse con otros transportes compatibles con el transporte escolar tanto a nivel horario, como a nivel geográfico y (ii) que un transportista no esté interesado en presentar ofertas por lotes que le supongan desplazar sus autocares a centros que no se encuentren cerca de su base y menos aún cuando se trate de centros situados en islas distintas a aquella en la que se opera.

SEXTO.- Conviene en todo caso precisar, a la vista de las alegaciones de la actora que una cosa es la definición geográfica del mercado afectado por la resolución sancionadora, que afecta directamente sobre la condición de competidores dentro de un cártel y otra las particularidades geográficas de una determinada zona, en la que varios competidores optan, en función de unos determinados criterios, económicos, empresariales o estratégicos, por repartirse el mercado o prestar sus servicios y si estas concretas circunstancias geográficas del territorio justifican el reparto entre competidores sin afectar la competencia.

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

Para responder a esta cuestión resultan determinantes dos aspectos. En primer lugar, como ha definido el mercado geográfico la resolución sancionadora, y después, cuál es el concreto ámbito de actuación de la recurrente como competidor en el mercado.

En cuanto al primero, cuando la resolución se refiere al mercado afectado lo condiciona al proceso de licitación, y dice "[P]or lo que se refiere a la prestación del servicio de transporte público regular de uso especial, en concreto, el escolar prestado a centros públicos y sujetos a licitación pública convocada por la Consejería de Educación balear, son objeto de investigación en este expediente la prestación de dicho servicio en el curso escolar 2004/2005, que se licitó a través de un procedimiento negociado sin publicidad, así como las licitaciones públicas convocadas mediante concurso en 2005 y 2013 en la Comunidad Autónoma Balear. [...]". Tras una breve referencia a determinados cambios legislativos en el régimen de contratación pública puntualiza que "[e]l mercado geográfico afectado por las conductas objeto de investigación abarca al conjunto de las Comunidad Autónoma de las Illes Balears, en concreto, el territorio de las islas de Mallorca, Menorca, Ibiza y Formentera. (...) Por lo que se refiere al transporte regular de uso especial (escolar), en la licitación del Gobierno Balear para la prestación de este servicio a los centros escolares públicos para los cursos escolares 2013/14 a 2016/17, se adjudicaron 161 lotes a un total de 47 empresas, por las que facturaron 9.341.582€ en 2014, con la siguiente distribución territorial: 5.856.975€ en Mallorca a un total de 31 empresas; 2.397.593€ en Ibiza y Formentera a un total de 7 empresas y 1.087.015€ en Menorca a un total de 8 empresas [...]".

Por lo que se refiere a la actividad de la recurrente, la entidad HEREDEROS DE FRANCISCO VILAS, S.A. tiene su domicilio social en Santa Eulalia del Río (Ibiza).

En 2014 HEREDEROS DE FCO. VILAS facturó 549.019,15€ por el transporte escolar en Ibiza. Está asociada a la Asociación Pituisa de Empresas del Servicio Regular de Viajeros, perteneciente a la FEBT.

SÉPTIMO.- A la relevancia del mercado se ha referido entre otras la STUE de 30 de enero de 2020, asunto C-307/18, que dice "[L]a determinación del mercado de referencia exige definir, en primer lugar, el mercado de productos y, en segundo lugar, su mercado geográfico (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de febrero de 1978, United Brands y United Brands Continentaal/Comisión, 27/76, EU:C:1978:22, apartados 10 y 11).

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

Ya se destacaba la importancia de la definición del mercado en la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/ C 372/03), que comienza con la distinción entre mercado de referencia y mercado geográfico, lo que permite



"[d]eterminar y definir los límites de la competencia entre empresas [...]", lo que "[t]iene con frecuencia una influencia decisiva en la valoración de un caso de competencia. [...]"

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

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

Además, este mercado puede estar limitado a un único Estado miembro (véase, en este sentido, la sentencia Michelin/Comisión, antes citada, apartado 28). [...]" (34)

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

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

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

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

OCTAVO.- Realizadas las anteriores consideraciones, dispone el artículo 62.4 de la LDC que son infracciones muy graves "[a] El desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 1 de la Ley que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales [...]". Añade la disposición adicional cuarta punto 2 de esta misma Ley que "[A] efectos de lo dispuesto en esta Ley se entiende por cártel todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones. [...]"

De ambos preceptos se deduce, que para apreciar la existencia de una infracción de competencia cometida a través de un cártel que tenga como actividad ilícita el reparto de mercado, se requieren dos presupuestos ineludibles, el de competidor y el de mercado.

Se requiere por ello la previa y correcta definición del mercado en ambas dimensiones, de producto y geográfico, pues es determinante de la atribución de responsabilidad a una empresa por supuestos comportamientos anticompetitivos. En este sentido, la sentencia de 11 de diciembre de 2003 del Tribunal de Primera Instancia, asunto T-61/99, Adriatica di Navigazione SpA c. Comisión señalaba que "[u]n error en la atribución de responsabilidades puede tener origen en una definición insuficiente y confusa del mercado de referencia [...]" (36).

Por esa razón, el análisis del mercado debe hacerse de manera pormenorizada y en cada caso concreto. En el presente caso, la resolución recurrida define 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 2004/2005 y 2013, y precisa que "[e]l mercado geográfico afectado por las conductas objeto de investigación abarca al conjunto de las Comunidad Autónoma de las Illes Balears, en concreto, el territorio de las islas de Mallorca, Menorca, Ibiza y Formentera. [...]"

En la propia definición, la CNMC incurre en una contradicción puesto que extiende el área geográfica a la Comunidad Autónoma, cuando por el tipo de servicio que se presta, por islas, no puede configurar un mercado global en los contornos de ese ente autonómico cuando los servicios y los competidores estas circunscritos al marco territorial de cada Isla. Difícilmente un transportista de la Isla de Mallorca puede competir en el mercado con otro de Menorca o Formentera cuando el aislamiento y circunscripción de cada territorio lo hace imposible; al menos la resolución sancionadora no hace el más mínimo esfuerzo para explicarlo o motivarlo. Las particularidades de la insularidad hacen inviable la competencia entre transportistas localizados en islas diferentes.

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

La realidad insular de Baleares hace que las empresas de transporte de las diferentes islas no sean competidoras entre sí puesto que su mercado geográfico es distinto, es por isla no por la circunscripción administrativa o política de la Comunidad Autónoma, lo que hace del todo imposible que empresas presentes en distintas islas del archipiélago balear formaran parte de un solo cártel.

Probablemente, el error de la CNMC al definir el mercado geográfico 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 por las prácticas investigadas a los efectos de la competencia.

De los anteriores fundamentos se desprende que el recurso debe ser íntegramente estimado, puesto que la incorrecta definición del mercado geográfico en el que se proyecta el cártel hace inviable la sanción impuesta, sin necesidad de analizar el resto de los motivos invocados en el escrito de demanda."

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia, el Abogado del Estado en la representación que ostenta preparó recurso de casación, que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia nacional tuvo preparado mediante auto de 11 de junio de 2022, que al tiempo, ordeno remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dictó auto el 27 de octubre de 2022, cuya parte dispositiva dice literalmente:

" 1.º) Admitir el recurso de casación n.º **5665/2022** 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 275/2017.



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

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

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

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

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

CUARTO.- Por diligencia de ordenación de 2 de noviembre de 2022, habiendo sido admitido a trámite el recurso de casación, y recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, se establece que una vez transcurra el plazo de treinta días que el artículo 92.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa establece para la presentación del escrito de interposición del recurso de casación, se acordará. El Abogado del Estado en la representación que ostenta presentó escrito de interposición del recurso de casación el 29 de noviembre de 2022, en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, lo concluyó con el siguiente SUPLICO:

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

QUINTO.- Por diligencia de ordenación de 14 de diciembre de 2022, se tiene por interpuesto recurso de casación, y se acuerda dar traslado del escrito de interposición a la parte recurrida y personada, para que pueda oponerse al recurso en el plazo de treinta días, lo que efectuó mediante escrito de oposición de fecha 9 de febrero de 2023 en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas lo concluyó con el siguiente SUPLICO:

"Que, habiendo presentado este escrito en tiempo y forma, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo tenga por formulada oposición al recurso de casación formulado por la CNMC y, previos los trámites procesales procedentes dicte en su día Sentencia por la que fije los criterios interpretativos de respuesta a la cuestión suscitada en el Auto de admisión del presente recurso de 27 de octubre de 2022, desestimando íntegramente el mencionado recurso de casación y confirmando en todos sus términos la Sentencia recurrida, con imposición de costas a la recurrente.

OTROSÍ DIGO: Que, siguiendo las instrucciones del Acuerdo de 19 de mayo de 2016 del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, el presente escrito de oposición al recurso de casación consta de 45.499 caracteres con espacios. "

SEXTO.- Por providencia de 6 de marzo de 2023, se acuerda no ha lugar al señalamiento de vista; y por providencia 14 de noviembre de 2023 se designo Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. **José Manuel Bandrés Sánchez-Cruz** y se señala este recurso para votación y fallo el 30 de enero de 2024, fecha en que tuvo lugar el acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto y el planteamiento del recurso de casación: El asunto litigioso relativo a la impugnación de la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 5 de mayo de 2022 .

El recurso de casación que enjuiciamos, interpuesto por la Abogacía del Estado, al amparo de los artículos 86 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en la redacción introducida por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, tiene por objeto la pretensión de que se

revoque la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 5 de mayo de 2022, por lo que se estima el recurso contencioso-administrativo promovido por la representación procesal de la mercantil Herederos de Francisco Vilás S.L. contra la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 9 de marzo de 2017, que le impuso una sanción de 150.822 euros, por su participación en la infracción única y continuada del 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 de servicio de transporte escolar en las Islas Baleares, que se considera incurso en las prácticas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

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

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

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

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

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

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

Se reprocha a la sentencia que considere que para que pueda hablarse de cártel que tenga por objeto el reparto de mercado es condición previa indispensable que exista una adecuada y correcta definición de mercado geográfico y de producto, pese a que, conforme a los mencionados artículos, así como a la jurisprudencia aplicable, la definición de mercado geográfico no es un elemento esencial del tipo infractor, ya que es perfectamente posible que exista un cártel entre empresas que no operen en el mismo mercado sino en otros conexos y, por que, una vez probada la existencia del acuerdo anticompetitivo, la definición del mercado resulta irrelevante. Refiere que así lo ha manifestado siempre la CNMC y se remite a la jurisprudencia europea en el



sentido de que dicha delimitación no es un elemento del tipo de la infracción cuando se trata de acuerdos que, por su contenido y finalidad, son anticompetitivos por su objeto. Cita en apoyo de sus alegaciones diversas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y las SSTs de 21 de mayo de 2020 (rec. 7880/2018) y 26 de octubre de 2020 (rec. 4227/2019).

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

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

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

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

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

A) El Derecho de la Unión Europea.

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

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

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

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

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

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

que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso



técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

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

B) El Derecho Estatal

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, o recomendaciones colectivas, o prácticas concertadas o conscientemente paralelas que cumplan las disposiciones establecidas en los Reglamentos Comunitarios relativos a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresa y prácticas concertadas,



incluso cuando las correspondientes conductas no puedan afectar al comercio entre los Estados miembros de la UE.

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

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

"2. A efectos de lo dispuesto en esta Ley se entiende por cártel todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones."

C) La jurisprudencia del Tribunal Supremo

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

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

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

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

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

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

La cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, sobre la que esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo debe pronunciarse, tal como se expone en el auto de la Sección Primera de esta Sala de 27 de octubre de 2022, consiste en perfilar, precisar o concretar nuestra jurisprudencia en relación con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, a fin de aclarar, en las conductas calificadas como cárteles, si la delimitación exacta del mercado relevante, y, más concretamente, del mercado geográfico, es o no un elemento del tipo de la infracción tipificada en los citados artículos determinante para valorar la antijuricidad de la conducta infractora, tomando en consideración la actividad de que se trata y la insularidad de los territorios en los que se desarrolla la misma, y todo ello en relación con la condición de competidor.

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

En primer termino, cabe referir que no podemos ignorar que, entre las modalidades de infracción que establecen los preceptos legales que hemos transcrito en el precedente fundamento jurídico, nos hallamos ante una infracción por el objeto, en la cual la acción tiene lugar mediante la mera concertación de las

empresas para evitar la competencia, acto que, por su naturaleza, es antecedente a que la producción de efectos materialmente apreciables en el mercado.

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

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

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

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

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

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

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

La segunda razón que desvirtúa el criterio de la instancia atañe a la transcendencia 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 sí había valorado de forma expresa la actuación y la participación de Alluitz, S.L., en los mercados conexos.

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

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

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



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

La calificación de la conducta del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE y su autoría vienen determinadas principalmente por el contenido del acuerdo y la voluntad que persigue el mismo, que es lo que va a tener repercusión en el mercado. La definición del mercado geográfico es un elemento que ayuda a definir el ámbito en el que la conducta se lleva a cabo, pero no resulta determinante para la definición del tipo sancionador.

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

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

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

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

En consecuencia con lo razonado, procede declarar haber lugar al recurso casación interpuesto por la Abogacía del Estado contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 5 de mayo de 2022, que casamos.

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

QUINTO.- Sobre las costas procesales.

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

FALLO

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

Primero.- Declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 5 de mayo de 2022, que casamos.



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

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

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ