



Roj: **STS 1191/2024 - ECLI:ES:TS:2024:1191**

Id Cendoj: **28079130032024100046**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **04/03/2024**

Nº de Recurso: **5674/2022**

Nº de Resolución: **372/2024**

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

Ponente: **JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2119/2022,**
ATS 14231/2022,
STS 1191/2024

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 372/2024

Fecha de sentencia: 04/03/2024

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **5674/2022**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 27/02/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor

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.: **5674/2022**

Ponente: Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 372/2024

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 4 de marzo de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación número **5674/2022**, interpuesto por la Administración del Estado, representada y defendida por el abogado del Estado, 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 335/2017, sobre sanción impuesta por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el que ha intervenido como parte recurrida Autocares Roca S.L., representada por el Procurador de los Tribunales D. Juan Carlos Estevez Fernández Novoa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, dictó sentencia el 5 de mayo de 2022, con los siguientes pronunciamientos en su parte dispositiva:

"1.- Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Juan Carlos Estevez Fernández Novoa en nombre y representación de AUTOCARES ROCA SL, 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 14.081 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."

SEGUNDO.- Notificada la sentencia, se presentó escrito por la representación procesal de la Administración del Estado, manifestando su intención de interponer recurso de casación, y la Sala de instancia, por auto de 11 de julio de 2022, tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones en este Tribunal, la Sección 12ª de esta Sala acordó, por auto de 13 de octubre de 2022:

"1.º) Admitir el recurso de casación n.º **5674/2022** 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 335/2017.

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".

CUARTO.- El abogado del Estado presentó, con fecha 15 de noviembre de 2022, escrito de interposición del recurso de casación, en el que 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 antijuricidad de la conducta infractora.

Terminó solicitando a la Sala que dicte sentencia por la que 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.- Se dio traslado a la parte recurrida, para que manifestara su oposición, lo que verificó la representación de Autocares Roca S.L. por escrito de 3 de enero de 2023, en el que alegó que la Audiencia Nacional definió el mercado correctamente, atendiendo a la realidad del servicio y no a la configuración política que circunstancialmente los licita y que, de conformidad con la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea claramente requiere que las circunstancias de un acuerdo entre empresas deban analizarse en su propio contexto y realidad del mercado y se debe atender a las posibles barreras de entrada.

La empresa recurrente alega que saltar a otro mercado, incluso siendo una isla cercana, implicaría prácticamente doblar su existente operación y supondría, por ejemplo, adquirir autocares nuevos, debido a las condiciones de insularidad que la abogacía del Estado insiste en descartar como relevantes y considera que, en ningún caso se puede considerar a Autocares Roca como competidor (potencial) en otro mercado de referencia que no sea el que geográficamente está delimitado por la isla en la que actúa (Mallorca) y, por tanto, como no se cumple con el requisito de competidor potencial o real nunca puede ser condenado como miembro de un cártel fuera de su mercado geográfico.

Señala también la parte recurrente que la sentencia impugnada confirma que una restricción por objeto nunca puede establecerse en abstracto, pues cada consulta es específica de cada caso y el acuerdo debe evaluarse en su contexto legal y económico.

Finalizó la parte recurrida su escrito solicitando a la Sala que dicte sentencia por la que desestime el recurso de casación e interponga a la Administración del Estado las costas del recurso.

SEXTO.- Conclusas las actuaciones, se señaló para votación y fallo el día 27 de febrero de 2024, fecha en que tal diligencia ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre la sentencia impugnada.

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, de fecha 5 de mayo de 2022, estimatoria del recurso contencioso-administrativo n.º 335/2017 interpuesto por la representación procesal de Autocares Roca S.L., contra la resolución de 9 de marzo de 2017 de la Sala de la Competencia del Consejo de la CNMC mediante la cual, entre otros pronunciamientos, se impuso a la recurrente una sanción de multa de 14.081 euros por su participación en una infracción única y continuada del art. 62.4. a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), por haber desarrollado una conducta tipificada en el art. 1 de la misma ley y en el art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

En la descripción de la actuación imputada, la sentencia recurrida señala que la Sala de Competencia de la CNMC consideró acreditado que varias empresas, entre las que se encontraba la actora, cometieron tres prácticas prohibidas del artículo 1 de la Ley 16/1989, el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: (i) una infracción única y continuada que entra dentro de la definición de cártel, por los acuerdos de fijación de precios mínimos y reparto de las rutas escolares desde el 2004, por las licitaciones públicas convocadas en 2005 y 2013 del transporte escolar en las Illes Balears, al estar aún vigentes los contratos de la licitación de 2013 para el curso escolar 2016/2017; (ii) una infracción consistente en la recomendación y difusión de las tarifas de las excursiones y traslados de transporte discrecional en la isla de Mallorca por la FEBT desde 1977 hasta 2011; y (iii) una infracción consistente en los acuerdos bilaterales de reparto de los servicios de transporte discrecional de viajeros demandados por determinados clientes y/o en determinadas zonas de la isla de Mallorca, de diversa duración.

Añade la sentencia impugnada que la resolución sancionadora de la CNMC consideró, en particular, que Autocares Roca S.L. participó 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.

La sentencia impugnada estimó en parte el recurso de la entidad sancionada, por lo que aquí interesa, con los siguientes razonamientos:

"SÉPTIMO.- 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.- 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.- Los precedentes de la Sala.



La CNMV, en su resolución de 9 de marzo de 2017, apreció la existencia de un cártel en el transporte escolar en las Islas Baleares, entre octubre de 2004 (agosto de 2005 en el caso de la empresa recurrente) y el curso escolar de 2016 /2017, en el que participaron 36 empresas transportistas, entre ellas la recurrente, que acordaron la fijación de precios mínimos en traslados de escolares y se repartieron las rutas escolares de las licitaciones públicas convocadas en 2005 y 2013 por el Gobierno Balear.

En consecuencia, la CNMC consideró que la conducta examinada constituía una infracción muy grave tipificada en el artículo art. 62.4.a) de la LDC, e impuso a 34 de las 36 empresas participantes (al haber quedado 2 de ellas disueltas) y a la Federación Empresarial Balear de Transportes (FEBT) diversas sanciones de multa.

Los recursos interpuestos contra dicha resolución de la CNMC por las empresas sancionadas fueron estimados por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, por los motivos expuestos en el fundamento de derecho primero de esta sentencia y dichas sentencias fueron recurridas en casación por el abogado del Estado, que hizo valer en sus recursos los motivos de impugnación a que se ha hecho referencia en el fundamento de derecho segundo de esta sentencia.

Esta Sala ha resuelto ya algunos de los recursos de casación interpuestos por el abogado del Estado, en sentencias de 21 de diciembre de 2023 (recursos 7674/2022 y 8103/2022), 22 de diciembre de 2023 (recursos 5280/2022 y 8106/2022), 8 de enero de 2024 (recurso 5968/2022), 24 de enero de 2024 (recurso 5867/2022) y 31 de enero de 2024 (recurso 5976/2022), cuyos criterios de decidir deben ser aplicados también en este recurso, por razones de unidad de doctrina e igualdad en la aplicación de la ley.

Seguimos en particular los razonamientos expuestos en nuestra sentencia de 22 de diciembre de 2023 (recurso 8106/2022), que expresa el parecer de la Sala en estos recursos.

CUARTO.- Marco normativo y antecedentes fácticos.

A la vista de lo expuesto y del contenido del auto de admisión de esta casación, la cuestión controvertida se centra en la interpretación de los citados arts. 1 LDC y 101 TFUE en lo relativo al alcance que el concepto de mercado geográfico sobre el que recae la conducta colusoria tiene en la tipificación de la infracción.

Conviene recordar que el art. 1 LDC establece lo siguiente:

Conductas colusorias

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

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

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

2. A efectos de lo dispuesto en esta ley se entiende por cártel todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consista en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, incluso en relación con los derechos de la propiedad intelectual e industrial; la asignación de cuotas de producción o de venta; el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia

Por último, el art. 101 TFUE 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.*

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

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

QUINTO.- Mercado geográfico y cártel de transporte escolar.

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

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

1. Las infracciones por objeto y el mercado relevante.

No podemos perder de vista que, entre las modalidades de infracción que establecen los preceptos legales que hemos transcrito, nos hallamos ante una infracción por el objeto, en la cual la acción tiene lugar mediante la mera concertación de las empresas para evitar la competencia, acto que, por su naturaleza, es antecedente a que la producción de efectos materialmente apreciables en el mercado.

Esta Sala ha examinado en muchas ocasiones la distinción entre infracciones "por objeto" e infracciones "por efecto", por ejemplo, en la sentencia 1684/2022, de 19 de diciembre (rec. 7573/2021), que cita las sentencias 3056/2021, de 15 de marzo (rec. 3405/2020, F.J. 3) y 43/2019, de 21 de enero (casación 4323/2017, F.J. 3), de la que reproduce este fragmento:

"La diferencia entre conductas prohibidas por su objeto o por sus efectos deriva, en primer lugar, del tenor literal del propio artículo 1 LDC -así como del artículo 101 TFUE -, que prohíbe "todo acuerdo, [...] que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional [...]". Como señala la Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013, (Allianz 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 examinar su incidencia sobre el mercado, afirmando que:

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

En las infracciones por objeto la comisión de la infracción no es algo que dependa del efecto concreto que la conducta colusoria haya producido en el mercado, ni, por ende, en el mercado geográfico relevante, por cuanto, una vez probada la existencia de acuerdo anticompetitivo la definición del mercado no es decisiva, o, cuanto menos, no lo es tanto como en las infracciones "por efecto".

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

Ello 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 resuelva la cuestión sobre el mercado geográfico de conformidad con los términos expuestos y se pronuncie sobre el resto de cuestiones planteadas en la instancia que no fueron examinadas.

SEXTO.- 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, 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.

Pues bien, entiende esta Sala que la coincidencia de la zona o territorio donde las empresas prestan sus servicios no es un elemento objetivo autónomo del tipo de la infracción. No hay posibilidad de competencia ni de colusión si la prestación de servicios se realiza en mercados geográficos diferentes, por lo cual la coincidencia geográfica es un presupuesto de la existencia misma de competencia igual que la coincidencia del producto o servicio ofrecido por las empresas concurrentes.

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

Por otra parte, la definición del ámbito territorial del mercado es relevante a efectos sancionadores tanto para determinar la competencia del órgano sancionador (art. 13 de la LDC y Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia), como para cuantificar las sanciones (criterio del art. 64.1.a) LDC).

SÉPTIMO.- Costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 93.4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 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

- 1.- Declarar que ha lugar y, por tanto, estimar el recurso de casación número **5674/2022**, interpuesto por la Administración del Estado 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 335/2017, que anulamos.
- 2.- Retrotraer las actuaciones del citado recurso 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.- 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.