



Roj: **STS 2863/2025 - ECLI:ES:TS:2025:2863**

Id Cendoj: **28079130032025100104**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **11/06/2025**

Nº de Recurso: **5227/2022**

Nº de Resolución: **737/2025**

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

Ponente: **JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1935/2022,**  
**ATS 14228/2022,**  
**STS 2863/2025**

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Contencioso-Administrativo

#### Sección Tercera

#### **Sentencia núm. 737/2025**

Fecha de sentencia: 11/06/2025

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **5227/2022**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/06/2025

Ponente: Excmo. Sr. D. **Juan Pedro Quintana Carretero**

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

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 003

Transcrito por: tmrf

Nota:

R. CASACION núm.: **5227/2022**

Ponente: Excmo. Sr. D. **Juan Pedro Quintana Carretero**

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 003

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Contencioso-Administrativo

#### Sección Tercera

#### **Sentencia núm. 737/2025**

Excma. Sra. y Excmos. Sres.

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, presidente

D. Eduardo Calvo Rojas



D. José Luis Gil Ibáñez

D. **Juan Pedro Quintana Carretero**

D.ª Pilar Cancer Minchot

En Madrid, a 11 de junio de 2025.

Esta Sala ha visto el recurso de casación n.º **5227/2022** interpuesto por la Administración General del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado, contra la Sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 21 de abril de 2022, estimatoria del recurso contencioso-administrativo n.º 362/2017 interpuesto por Torres Allés Autocares S.L.U. contra la resolución de 9 de marzo de 2017, S/DC/0512/14 Transporte Balear de Viajeros, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

Se ha personado como parte recurrida la mercantil Torres Allés Autocares, S.L.U., representada por el procurador D. Manuel Sánchez-Puelles González-Carvajal y defendida por el letrado D. José María Baño León.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Juan Pedro Quintana Carretero**.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**-La Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 21 de abril de 2022, recurso contencioso-administrativo 362/2017, cuyo fallo dice literalmente:

*«Que debemos estimar el recurso contencioso-administrativo 362/2017 interpuesto por TORRES ALLÉS AUTOCARES S.L.U contra la resolución de 9 de marzo de 2017, S/DC/0512/14 TRANSPORTE BALEAR DE VIAJEROS, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, que anulamos por no ser ajustada a Derecho, con expresa condena en costas a la Administración demandada.»*

La Sala de instancia fundamenta la decisión, con base en la exposición de las siguientes consideraciones jurídicas:

**«PRIMERO.**- Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por de TORRES ALLÉS AUTOCARES S.L. (en adelante TORRES ALLÉS), la resolución de 9 de marzo de 2017, S/DC/0512/14 TRANSPORTE BALEAR DE VIAJEROS, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, por la que se les impuso una sanción por importe de 118.296 euros.

*La parte dispositiva de la resolución impugnada concretaba:*

*«[D]eclarar que en el presente expediente se ha acreditado la existencia de tres prácticas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia, el artículo 1 de la Ley 16/1989 y del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, constitutivas de varias infracciones muy graves del artículo 62.4. a) de la LDC:*

*-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 de las licitaciones públicas convocadas en 2005 y 2013 por el Gobierno Balear para la prestación del transporte escolar en las Illes Balears, desde octubre de 2004 hasta la actualidad, al estar aún vigentes los contratos de la licitación de 2013 para el curso escolar 2016/2017, prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989 y el artículo 1 de la LDC;*

*-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, prohibido por el artículo 1 de la Ley 110/1963, el artículo 1 de la Ley 16/1989 y el artículo 1 de la LDC y*

*-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.*

**SEGUNDO.**- De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de Derecho Cuarto, declarar responsables de las citadas infracciones a las siguientes entidades:

(...)

33. TORRES ALLES AUTOCARES, S.L., por su participación en una infracción única y continuada constitutiva del cártel del transporte escolar en las Illes Balears al menos desde agosto de 2005, estando aún vigentes los



efectos de dicho cártel, pues los contratos derivados de la licitación de 2013 se mantienen hasta el curso escolar 2016/2017.

(...)

TERCERO.- Imponer a las autoras responsables de la primera conducta infractora las siguientes multas:

(...)

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 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE de 4 de julio y en adelante LDC), y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada DOUE, 26 de octubre de 2012, C 326/49; en lo sucesivo TFUE): (i) una infracción única y continuada que entra dentro de la definición de cártel, por los acuerdos de fijación de precios mínimos y reparto de las rutas escolares desde el 2004, por las licitaciones públicas convocadas en 2005 y 2013 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.

De los antecedentes que obran en el expediente administrativo debemos destacar determinados hitos temporales por los que discurrió el procedimiento sancionador:

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

2.- El 23 de abril de 2014, la DC llevó a cabo inspecciones simultáneas en las sedes de la FEDERACIÓN EMPRESARIAL BALEAR DE TRANSPORTES (FEBT) y de las empresas TRANSACOBO, S.L. (TRANSACOBO), TRANSUNIÓN MALLORCA, S.L. (TRANSUNIÓN) y ROIG BUS, S.A. (ROIG BUS).

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

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

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

**SEGUNDO.**- TORRES ALLÉS en su escrito de demanda insta la nulidad de la resolución sancionadora alegando en, (i) primer lugar, que solo aparece firmada electrónicamente por solo dos de los cinco miembros de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, así como por el Secretario del Consejo. Se ha producido la omisión absoluta de las reglas esenciales para la formación de la voluntad del órgano colegiado.

(ii) En segundo lugar, le imputa la resolución una falta de motivación niega su participación en el cartel que no estaba ni tomó decisión alguna en el 2004 de no presentarse a la licitación, y tampoco estaba en la reunión que tuvo lugar el 19 de agosto de 2005. Reconoce que sí asistió el 2 de diciembre de 2005 en una Asamblea General de la Agrupación del Servicio Discrecional de Viajeros de la FEBT, que afecta al transporte regular especial como lo es el escolar, además no consta la adopción de acuerdo alguno. Las ofertas presentadas por TORRES ALLÉS a esta licitación fueron muy inferiores al precio de 170 euros por ruta supuestamente fijado por el cártel: los precios de los contratos se sitúan entre 125 euros y 130 euros.

En cuanto a la licitación del 2013, no asistió ni a la reunión de la Junta Directiva de la FEBT (a la que por lo demás no pertenece) de 16 de abril de 2013 ni a la Asamblea General Extraordinaria de 2 de mayo de 2013, ni a las posteriores reuniones de 7 de mayo y 20 de junio de 2013. Únicamente aparece entre las destinatarias de un correo de la FEBT de 14 de mayo de 2013, pero dicho correo simplemente informa de la fecha de apertura de uno de los sobres por la Consejería de Educación, por lo que no refleja ningún acuerdo. Es más, el sobre cuya apertura se anuncia se refiere a la zona de "Mallorca 1", es decir, que no guarda relación con TORRES ALLÉS puesto que ésta sólo está activa en Menorca. En definitiva, carece de motivación al imputar a la actora un acuerdo con objeto anticompetitivo, constitutivo de una infracción continuada de nada menos que doce años (desde 2005 hasta 2017), exclusivamente sobre la base de su presencia en dos comunicaciones separadas entre sí por ocho



años y cuyo contenido no permite deducir que acordara con otras empresas establecer unos precios mínimos de licitación o repartirse determinados lotes.

(iii) En el tercer motivo se centra en falta de motivación a la imputación de una conducta única en todo el territorio de las islas baleares, cuando el mercado relevante no es el del archipiélago sino el de cada isla (como hemos demostrado en el apartado de Hechos) y su actividad se limita a la isla de Menorca. Resulta imposible que la actora contribuyera a un plan común de restringir la competencia por el mercado de licitaciones de servicios transporte escolar en las islas de Mallorca, Ibiza o Formentera, puesto que nunca ha concurrido ni podría concurrir a dichos concursos.

(iv) En cuarto y último lugar, la resolución no aplica correctamente el criterio del artículo 64.1.a) LDC en lo que se refiere a la dimensión del mercado afectado por la infracción. Tampoco aplica el art. 64.3.b) LDC por no apreciar la circunstancia atenuante de falta de ejecución del supuesto cártel en 2005.

Por parte del Abogado del Estado se solicita la desestimación del recurso y considera que no pueden prosperar ninguna de las razones invocadas por la actora para que sea declarada la nulidad de la resolución impugnada.

**TERCERO.-** A pesar de que con ello alteramos el orden expositivo seguido por el escrito de demanda, comenzaremos el análisis del punto tercero en el que se cuestiona la definición geográfica del mercado afectado. Dice la actora que resulta curiosa la definición del mercado geográfico que hace la CNMC en su resolución, lo que refleja una ignorancia completa de la realidad insular; en algunas partes de dicho texto se considera a las Islas Baleares en su conjunto como mercado geográfico, mientras que, en otras, se divide el mismo en función de las islas de Mallorca, Menorca, Ibiza y Formentera.

Antes de dar respuesta a este motivo de impugnación la alegación requiere que distingamos dos conceptos que, aunque puedan tener una aparente relación, merecen una respuesta distinta. No podemos confundir la definición geográfica del mercado afectado por la resolución sancionadora, que afecta directamente sobre la condición de competidores dentro de un cártel, con 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 nos resulta relevante, y desde luego prioritario 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.

**CUARTO.-** Para dar una correcta respuesta a esta cuestión resultan determinantes dos aspectos. Primero, como ha definido el geográfico, la resolución sancionadora, y segundo, cuál es el concreto ámbito de actuación de la recurrente como competidor en el mercado.

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

Por lo que se refiere a la actividad de la recurrente, dice la resolución recurrida en el folio 27 que «[T]ORRES ALLES AUTOCARES) tiene su domicilio social en Ciudadela (Menorca). Se dedica al transporte de viajeros por carretera, fundamentalmente regular y escolar. Cuenta con 34 empleados. El último importe de la cifra de negocios, según el Registro Mercantil, es de 2012 y fue de 2.049.094,44€116, facturando 102.483,78€ por el servicio de transporte escolar en Menorca gestionado por la Consejería de Educación Balear117. Está asociada a la Agrupación Empresarial del Servicio Regular de Viajeros, integrada en la FEBT [...]».

**QUINTO.-** A la relevancia del mercado se ha referido entre otras la STUE de 30 de enero de 2020, asunto C-307/18, que dice «[L]a determinación del mercado de referencia exige definir, en primer lugar, el mercado de productos y, en segundo lugar, su mercado geográfico (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de febrero de



1978, *United Brands y United Brands 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 prevalentes 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 aíslen 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. [...]».

**SEXTO.-** Realizadas las anteriores consideraciones, si nos atenemos a la previsión que hace nuestro Derecho doméstico, establece el artículo 62.4 de la LDC que son infracciones muy graves «[a]) El desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 1 de la Ley que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales [...]». Añade a la disposición adicional cuarta punto 2 de esta misma Ley que «[A] efectos de lo dispuesto en esta Ley se entiende por cártel todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones. [...]». De ambos preceptos se colige, como no podría ser de otro modo dentro del marco del Derecho de la UE, que para que estemos ante una infracción de competencia cometida a través de un cártel que tenga como actividad ilícita el reparto de mercado, se requieren dos presupuestos inescindibles, el de competidor y el de mercado.

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

Como hemos visto, el análisis del mercado debe hacerse de manera pormenorizada y en cada caso concreto. En el supuesto que nos ocupa, define el mercado afectado como el de «[p]restación del servicio de transporte público regular de uso especial, en concreto, el escolar prestado a centros públicos y sujetos a licitación pública convocada por la Consejería de Educación balear [...]», que fue objeto de dos licitaciones por la Consejería en los años 2004/2005 y 2013, y precisa que «[e]l mercado geográfico afectado por las conductas objeto de investigación abarca al conjunto de las Comunidad Autónoma de las Illes Balears, en concreto, el territorio de las islas de Mallorca, Menorca, Ibiza y Formentera. [...]».

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

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

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

Probablemente, el error de la CNMC estuvo en identificar la competencia administrativa del órgano licitador que sí se extendía a toda la Comunidad Autónoma con la realidad del mercado geográfico afectado a los efectos de la competencia.

**SÉPTIMO.-** De los anteriores fundamentos se desprende que el recurso debe ser íntegramente estimado, puesto que la incorrecta definición del mercado geográfico en el que se proyecta el cártel hace inviable la sanción impuesta, sin que para llegar a esta decisión se requiera que nos pronunciemos sobre el resto de los motivos invocados en el escrito de demanda.



**OCTAVO.**- La íntegra estimación implica la condena en costas a la Administración demandada de conformidad con el artículo 139.1 de la LJCA .».

**SEGUNDO.**-Notificada a las partes la referida sentencia, el Abogado del Estado presentó escrito manifestando su intención de interponer recurso de casación. La Sala de instancia mediante auto de 21 de junio de 2022 tuvo por preparado el recurso de casación, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

Recibidas las actuaciones en esta Sala del Tribunal Supremo, la Sección Primera (Sección de Admisión) dictó auto en fecha 13 de octubre de 2022 por el que fue admitido a trámite el recurso, en el que, asimismo, se acuerda la remisión de las actuaciones a la Sección Tercera.

En la parte dispositiva del auto de admisión se acuerda, en lo que ahora interesa, lo siguiente:

«1.º) Admitir el recurso de casación n.º **5227/2022** preparado por el Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta, contra la sentencia de 21 de abril de 2022, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo n.º 362/2017 .

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.».

**TERCERO.**-Contra la sentencia antes reseñada el Abogado del Estado interpone recurso de casación mediante escrito de fecha 15 de noviembre de 2022, en el que, tras exponer los antecedentes del caso, pasa a desarrollar los argumentos de impugnación que luego examinaremos; y termina el escrito solicitando que esta Sala dicte sentencia acogiendo las siguientes pretensiones:

«**SUPLICA:** 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».

**CUARTO.**-Mediante providencia de fecha 16 de noviembre de 2022 se tuvo por interpuesto el recurso formulado por la recurrente y se dio traslado a la parte recurrida para que pudiese formular su oposición.

**QUINTO.**-La representación procesal de Torres Allés Autocares, S.L.U., formalizó su oposición al recurso mediante escrito de fecha 18 de enero de 2023 en el que, tras desarrollar los argumentos en los que sustenta su oposición, a los que luego nos referiremos, termina solicitando que se dicte sentencia por la que se proceda a:

«**SUPLICO A LA SALA** que teniendo por formulada oposición al recurso de casación, dicte finalmente resolución desestimando el recurso, con imposición de las costas de la instancia a la recurrente.».

**SEXTO.**-Mediante providencia de fecha 2 de marzo de 2023 se acordó no haber lugar a la celebración de vista y quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo; y por providencia de fecha 9 de abril de 2025 se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. **Juan Pedro Quintana Carretero** y se señaló este recurso para votación y fallo el 10 de junio de 2025, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Objeto del recurso de casación y las alegaciones de las partes.**

**A/ Objeto del recurso de casación.**

El presente recurso de casación lo interpone la Abogacía del Estado contra la Sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 21 de abril de 2022, estimatoria del recurso contencioso-administrativo n.º 362/2017, interpuesto por TORRES ALLÉS AUTOCARES S.L.U. contra la resolución de 9 de marzo de 2017, S/DC/0512/14 TRANSPORTE BALEAR DE VIAJEROS, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, que le impuso



una sanción por importe de 118.296 euros por la comisión de varias infracciones muy graves del artículo 62.4.a) 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 en la delimitación que hace del mercado relevante en su dimensión geográfica a efectos de la competencia, 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.

### **B/ Alegaciones de la parte recurrente.**

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.

Más concretamente y en síntesis, 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 asimila el mercado geográfico de la conducta infractora con el territorio en el que las condiciones de competencia son homogéneas por las particularidades geográficas de cada isla, circunscribiendo así el mercado al ámbito 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 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 artículo 1 de la LDC en relación con el artículo 101 del 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 porque, 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 sí lo haga en un mercado conexo del de referencia. De todo ello concluye que la calificación de la conducta de los artículos 1 de la 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 artículo 63 de la LDC y de las Directrices sobre la aplicación del artículo 101 del 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.

La parte recurrida se opone al recurso de casación afirmando que la lectura de los citados apartados 1, 2 y 4 de la alegación Segunda revela que, so capa de un aparente debate jurídico, la recurrente cuestiona la valoración de la prueba realizada en la instancia, lo cual, salvo en circunstancias excepcionales que el escrito de interposición no aduce, queda extramuros del recurso de casación.

No obstante, en relación con tales apartados sostiene la parte recurrida que las alegaciones de la parte recurrente son incoherentes con la resolución de la CNMC que consideró que el que el mercado era el de la prestación de servicios de transporte, no el de la licitación de esos servicios. Además, sostiene que la definición de mercado que propone la representación de la CNMC confunde la definición del mercado con las condiciones de competencia en el mercado e insiste en que el argumento de la recurrente en casación únicamente pretende sustituir la apreciación fáctica de la Sala de instancia por la suya propia.

Añade que la única cuestión jurídica suscitada en el escrito de interposición es la del apartado 3 de su alegación Segunda, que es precisamente la admitida como de interés casacional en el Auto de admisión, esto es, determinar si la definición del mercado relevante geográfico es un elemento esencial del tipo infractor y determinante de la antijuridicidad de la conducta. Sobre esta cuestión, tras citar diversa jurisprudencia europea, asevera la parte recurrente que: *«El análisis del mercado relevante es exigible en casos de cártel prohibido por el artículo 1 LDC cuando, sin dicho análisis, no es posible determinar si el acuerdo en cuestión tiene por objeto, produce o puede producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional. Si, siendo exigible, dicho análisis no se ha realizado o es erróneo, debe anularse la declaración de infracción y la sanción, porque no queda acreditado que las partes sean competidores reales o potenciales y, por tanto, que hayan podido restringir la competencia».*

## **SEGUNDO.- El marco normativo y la jurisprudencia aplicables.**

Planteado el debate casacional en los términos que acabamos de reseñar, exponemos a continuación el marco normativo y la jurisprudencia aplicables.

### **Marco normativo.**

#### **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."

#### **Jurisprudencia aplicable.**

En la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2020 (recurso de casación 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.- Criterio de la Sala 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 .**

Como hemos visto en el antecedente segundo, el auto de la Sección Primera de esta Sala de fecha 13 de octubre de 2022 señala que la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de 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.



El auto identifica así las normas jurídicas que han de ser objeto de interpretación, sin perjuicio -señala el propio auto- de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, conforme a lo dispuesto en el artículo 90.4 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa.

Planteado el debate casacional en los términos que acabamos de reseñar, esta Sala del Tribunal Supremo, siguiendo la doctrina fijada en nuestras sentencias 1769/2023 de 21 de diciembre de 2023 (rec. 8103/2022), 1779/2023 de 22 de diciembre de 2023 (rec. 8106/2022), 1781/2023 de 22 de diciembre de 2023, (rec. 5280/2022), 107/202, de 24 de enero de 2024 (rec. 5867/2022), 149/2024 de 30 de enero de 2024 (rec. 7673/2022), 151/2024 de 31 de enero de 2024, (rec. 5976/2022), 193/2024 de 5 de febrero de 2024 (rec. 5978/2022), 333/2024 de 28 de febrero de 2024 (rec. 5665/2022), 355/2024 de 29 de febrero de 2024 (rec. 6141/2022), 372/2024 de 4 de marzo de 2024 (rec. 5674/2022), 1004/2024 de 6 de junio de 2024 (rec. 5277/2022) y 1047/2024 de 13 de junio de 2024 (rec. 5230/2022), por razones de seguridad jurídica, unidad de doctrina e igualdad en la aplicación de la ley, 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, también recogidas en los precedentes citados:

Recordemos que 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 transportistas 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 anula la resolución de la CNMC por la defectuosa definición del mercado afectado.

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

En primer término, cabe referir que no podemos ignorar que, entre las modalidades de infracción que establecen los preceptos legales que hemos transcrito en el precedente fundamento jurídico, nos hallamos ante una infracción por el objeto, en la cual la acción tiene lugar mediante la mera concertación de las empresas para evitar la competencia, acto que, por su naturaleza, es antecedente a 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 (rec. 4323/2017, F.J. 3), de la que reproduce este fragmento:

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

#### **CUARTO.- Respuesta a la cuestión de interés casacional y resolución del recurso de casación.**

De conformidad con las consideraciones expuestas en los apartados anteriores, esta Sala, dando respuesta a la cuestión de interés casacional planteada en este recurso de casación, que presenta interés casacional para la formación de jurisprudencia, al igual que hicimos en los precedentes antes citados, declara lo siguiente:



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 de casación interpuesto por la Abogacía del Estado contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 26 de abril de 2022, que casamos.

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

#### **QUINTO.- 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, abonando cada una las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

#### **FALLO**

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

1º 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 fecha 21 de abril de 2022, que casamos.

2º Retrotraer las actuaciones al momento anterior al dictado de la sentencia por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional a fin de que la Sala de instancia se pronuncie sobre los demás motivos del recurso deducidos por las partes.

3º No efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso de casación, ni de las causadas en el proceso de instancia, abonando cada una las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

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

Así se acuerda y firma.