

R. CASACION núm.: 5892/2022

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

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 003

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Tercera
Sentencia núm. 1267/2025

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, presidente

D. Eduardo Calvo Rojas

D. José Luis Gil Ibáñez

D.^a Pilar Cancer Minchot

D.^a Margarita Beladiez Rojo

En Madrid, a 9 de octubre de 2025.

Esta Sala ha visto el recurso de casación, registrado con el número 5892/2022, interpuesto por el Abogado del Estado, en representación y defensa de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 3 de mayo de 2022, dictada en el recurso contencioso-administrativo 347/2017, que estima el recurso contencioso-administrativo promovido por la representación procesal de la mercantil AUTOCARES ADROVER S.L. contra la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 9 de marzo de 2017, que le impuso una sanción de 28.550 euros, por su participación en la infracción única y continuada del cartel del transporte



escolar en las Illes Balears al menos desde agosto de 2015, estando aún vigentes los efectos de dicho cartel por lo que se considera incurso en las practicas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Ha sido parte recurrida la Sociedad Mercantil Autocares Adrover S.L., representado por el Procurador de los Tribunales María del Mar Gómez Rodríguez, bajo la dirección letrada de Enric Martí Ferrari.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo número 347/2017, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional, dictó sentencia el 3 de mayo de 2022, cuyo fallo dice literalmente:

«ESTIMAR el recurso contencioso administrativo nº 347/2017, promovido por la Procuradora de los Tribunales Dña. María del Mar Gómez Rodríguez, en nombre y en representación de la mercantil AUTOCARES ADROVER, S.L., contra la Resolución dictada en fecha 9 de marzo de 2017 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en el expediente S/DC/0512/14 TRANSPORTE BALEAR DE VIAJEROS, por la que le impuso una sanción de multa por importe de 28.550 euros. Y, en consecuencia, acordamos su nulidad porque no es conforme con el ordenamiento jurídico, pero exclusivamente en relación con la sanción impuesta a la mercantil recurrente.
Se imponen a la Administración demandada las costas procesales causadas en esta instancia.»

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

SEGUNDO. En el escrito presentado por la parte actora se solicita la nulidad de la resolución impugnada y ello en virtud de las siguientes consideraciones.



1. La conducta imputada en relación con el supuesto reparto de lotes de las licitaciones convocadas en 2005 por la Consejería de Educación balear para la prestación de servicio de transporte regular de uso especial (escolar) en las Illes Balears está prescrita.

2. Se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia porque no hay prueba de que hubiera participado en reuniones celebradas con sus competidores en las que se hubieran adoptado acuerdos anticompetitivos en relación con el supuesto reparto de los lotes de las licitaciones convocadas en 2013 por la Consejería de Educación balear para la prestación de los servicios de transporte regular de uso especial (escolar) en las Illes Balears.

3. De forma subsidiaria, señala que no hubo reparto de lotes, sino que las empresas de transportes participaron exclusivamente en aquellas zonas en las que podían concurrir, por razones de eficiencia económica y estructura empresarial. Razona que se presentó a las licitaciones de aquellos lotes que se encontraban dentro de las proximidades del área en la que ya prestaba los servicios constitutivos de su actividad principal (servicios de transporte regular de viajeros). Y, según la recurrente, es esta una explicación alternativa razonable que justifica que no hubo un reparto de lotes entre los empresarios competidores entre sí.

4. Error en la determinación del importe de la sanción de multa impuesta.

TERCERO. Esta Sala considera que, con carácter previo al análisis de las cuestiones planteadas por la recurrente, debe examinar la tesis planteada de oficio por esta Sala al amparo de lo previsto en el artículo 33.2 de la LJCA, una vez vistas las alegaciones efectuadas por algunas de las empresas sancionadas en sus respectivos escritos de demanda. Y por ello acordó dar traslado a las partes para que manifestaran si, a su juicio, la CNMC había definido de forma correcta el mercado geográfico afectado por las conductas imputadas, pero exclusivamente en relación con las empresas de transporte regular de uso especial (transporte escolar balear), en cuanto que fijó, como tal, el territorio de las Illes Balears. Se dejó fuera de ese trámite a las conductas que la CNMC había imputado a las empresas que ejercían su actividad en el servicio de transporte discrecional de viajeros porque, en relación con ese servicio, entendíamos que era correcta la definición del mercado geográfico limitado a la isla de Mallorca tal como se decía en la resolución impugnada: "Las prácticas investigadas también afectarían a la prestación del servicio de transporte discrecional, concretamente al de turistas y viajeros en excursiones y traslados en la isla de Mallorca, íntimamente ligado al sector turístico en las Illes Balears".

En relación con la cuestión planteada por esta Sala, solo constan en las actuaciones las alegaciones efectuadas por el Abogado del Estado quien concluye que el mercado geográfico está bien definido y que no existen razones para que su indefinición pueda conducir a la nulidad de la sanción impuesta y ello por las siguientes razones: (i) La delimitación exacta del mercado no es imprescindible a fin de acreditar una conducta prohibida por el artículo 1 de la LDC porque, a su juicio, no constituye un elemento del tipo de la infracción cuando los acuerdos son anticompetitivos por el objeto. Y se apoya en la Sentencia dictada por el Tribunal General en fecha 28 de junio de 2016 (Asunto T-208/13); (ii) Que en el concepto de mercado afectado por la conducta infractora se incluyen las áreas geográficas en las que, incluso, no puede operar la recurrente, pero si otras empresas participantes en el cártel. Y, el Abogado del Estado, concluye que no puede delimitarse un mercado geográfico distinto para cada una de las empresas participes en el cártel en función de las áreas concretas a las que se circunscribe su actividad.

CUARTO. Nos centraremos, por tanto, exclusivamente en la determinación del mercado geográfico del servicio del transporte de viajeros regular de uso especial (transporte escolar).

La resolución impugnada cuando se refiere al mercado geográfico afectado lo condiciona al proceso de licitación al decir: "Por 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.(...) En este caso, el 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....".

La CNMC señala, según la conducta colusoria imputada, como mercado geográfico afectado el correspondiente a las Illes Balears, mientras que, en otras, divide el mercado geográfico en función de las islas de Mallorca, Menorca, Ibiza y Formentera. No se discute que la recurrente, AUTOCARES ADROVER, S.L., tiene su sede social en Felanitx (Palma de Mallorca) y que se dedica al transporte de viajeros por carretera, en la Isla de Mallorca, tanto escolar como discrecional.

QUINTO. No compartimos la alegación del Abogado del Estado cuando expone que no es esencial la determinación del mercado geográfico afectado por las conductas colusorias prohibidas en el artículo 1 de la LDC. Al contrario, entendemos que en el ámbito del derecho de la competencia es imprescindible la determinación de cuál es el mercado de referencia, tanto del producto como del área geográfica, para poder así concluir que las empresas están en un mismo mercado y son, por tanto, competidoras que pueden verse afectadas por un determinado comportamiento.

Por mercado geográfico de referencia debemos entender aquella zona en la que las condiciones objetivas de competencia del producto de que se trata son homogéneas para todos los operadores. Esto no implica que las condiciones de competencia deban ser iguales en todo el mercado geográfico según haya sido definido; basta que las eventuales diferencias no sean susceptibles de obstaculizar el acceso a determinadas partes de ese mercado a las empresas que operan en las distintas áreas del mismo. Y no se puede confundir la definición geográfica del mercado afectado por la resolución sancionadora, que afecta directamente a 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. Y, frente al criterio que mantiene el Abogado del Estado, la definición del mercado si es un elemento esencial en la determinación de la conducta anticompetitiva imputada en cuanto permite determinar cuál es el poder en el mercado con independencia de cuál sea la naturaleza de la infracción anticompetitiva imputada bien por el objeto, o bien por sus efectos.

SEXTO. A la relevancia del mercado se ha referido también la jurisprudencia comunitaria, entre otras, la STJUE de 30 de enero de 2020, asunto C-307/18, en la que se dice: "La 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)", e implica que en el mercado de referencia "pueda 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)".



Igualmente, la importancia de la definición del mercado ya se destacaba 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 "determinar y definir los límites de la competencia entre empresas", lo que "tiene 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 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 "la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas". Significa que, para la determinación del mercado de referencia se debe combinar el mercado de producto y el mercado geográfico.

Asimismo, destacamos la STJ de 1 de julio de 2008, C-49/07, en cuanto que definió el mercado geográfico "como 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)".

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

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

Tampoco podemos olvidar la relevancia que la determinación del mercado geográfico tiene de cara a la sanción. Nos recuerdan las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del apartado 2 del artículo 15 del Reglamento nº 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. [...]».

SÉPTIMO. En el mismo sentido, el artículo 62.4 de la LDC considera 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". Y la disposición adicional cuarta punto 2 de esta misma Ley añade 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".

Podemos así concluir, conjugando ambos preceptos, como no podría ser de otro modo dentro del marco del Derecho de la UE, que para que estemos ante una infracción de competencia cometida a través de un cártel que tenga como actividad ilícita el reparto de mercado, se requieren dos presupuestos inescindibles, el de competidor y el de mercado.

Este binomio requiere la previa y correcta definición del mercado en ambas dimensiones, producto y geográfico pues de ello depende la atribución de responsabilidad a una empresa por supuestos comportamientos anticompetitivos. En este sentido, la sentencia de 11 de diciembre de 2003 del Tribunal de Primera Instancia, asunto T-61/99, Adriática di Navigazione SpA c. Comisión señalaba que "un error en la atribución de responsabilidades puede tener origen en una definición insuficiente y confusa del mercado de referencia".

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

En la propia definición, la CNMC incurre en contradicción puesto que extiende el área geográfica al territorio de la Comunidad Autónoma, cuando por el tipo de servicio que se presta, por islas, no puede configurar un mercado global en los contornos de ese ente autonómico cuando los servicios y los competidores están circunscritos al marco territorial de cada isla. Difícilmente un transportista de la isla de Mallorca, como es el caso, puede competir en el mercado con otro de Menorca o Formentera cuando el aislamiento y circunscripción insular de cada territorio lo hace imposible; al menos, la resolución sancionadora no ha explicado ni motivado como puede incluirse en el mercado geográfico de las Illes Balears el servicio de transporte regular escolar prestado en cada una de las islas que forman las Illes Balears cuando las particularidades de la insularidad hacen inviable la competencia entre transportistas localizados en islas diferentes.

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



límites geográficos lo son también a posibles expansiones de la actividad" y concluyó que el mercado geográfico se limitaba a la isla de Gran Canaria.

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

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

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

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia, el Abogado del Estado en la representación que ostenta, preparó recurso de casación, que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo preparado mediante auto de 15 de julio de 2022., que al tiempo, ordeno remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, por providencia de esta Sala de 16 de marzo de 2023 se acordó suspender la decisión de admisión/inadmisión del presente recurso de casación en tanto la Sección de Enjuiciamiento no proceda a dictar sentencia en los recursos dictados en los RRCA 5976/2022, 5227/2022, 5674/2022 (AATS de 13 de octubre de 2022), 5277/2022, 5665/2022, 5280/2022, 5978/2022 (AATS de 27 de octubre de 2022) y 6141/2022 (ATS de 3 de noviembre de 2022).



CUARTO.- La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo dictó auto el 6 de marzo de 2024, cuya parte dispositiva dice literalmente:

« 1.º) Admitir a trámite el recurso de casación n.º 5892/2022 preparado por la representación procesal de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia contra la sentencia de 3 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 347/2017.

2.º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en matizar, 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 es o no un elemento del tipo de la infracción tipificada en los citados artículos.

3.º) Las normas que, en principio, serán objeto de interpretación son 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, así como la jurisprudencia relacionada.

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

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

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

QUINTO.- Por diligencia de ordenación de 20 de marzo de 2024, habiendo sido admitido a trámite el recurso de casación, se establece que una vez transcurra el plazo de treinta días que el artículo 92.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa establece para la presentación del escrito de interposición del recurso de casación, se acordará. El Abogado del Estado presentó escrito de interposición del recurso de casación el 25 de marzo de 2024, en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

«que teniendo por presentado este escrito de INTERPOSICIÓN DE RECURSO DE CASACIÓN y previa fijación de jurisprudencia y en aplicación de la misma declare haber lugar al recurso de casación, case la sentencia recurrida y desestime íntegramente el recurso contencioso administrativo, confirmando la resolución del

Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de fecha 9 de marzo de 2017.»

SEXTO.- Por Providencia de 23 de abril de 2024, se tiene por interpuesto recurso de casación, y se acuerda dar traslado del escrito de interposición a la parte recurrida y personada, para que pueda oponerse al recurso en el plazo de treinta días, lo que efectuó la representación proceal de la Sociedad Mercantil Autocares Adrover, S.L, mediante escrito de oposición de fecha 12 de junio de 2024., en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas lo concluyo con el siguiente SUPLICO:

«Que, teniendo por presentado este escrito el/la secretario/a judicial se sirva admitirlo y tener por interpuesto, en tiempo y forma, y en la representación de AUTOCARES ADROVER S.L., que tengo acreditada, el presente ESCRITO DE OPOSICION AL RECURSO DE CASACIÓN, el Tribunal dicte en su día sentencia desestimando el recurso de casación con imposición de costas a la recurrente, pues así procede en derecho.»

SEPTIMO.- Por providencia de 26 de junio de 2024, se acuerda no ha lugar al señalamiento de vista; y por providencia 18 de junio de 20025 se designo Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat y se señala este recurso para votación y fallo el 7 de octubre de 2025, fecha en que tuvo lugar el acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto y el planteamiento del recurso de casación: El asunto litigioso relativo a la impugnación de la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 3 de mayo de 2022.

El recurso de casación que enjuiciamos, interpuesto por el Abogado del Estado, que comparece en representación y defensa de la Comisión Nacional



de los Mercados y la Competencia, al amparo de los artículos 86 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en la redacción introducida por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, tiene por objeto la pretensión de que se revoque la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 3 de mayo de 2022, por lo que se estima el recurso contencioso-administrativo promovido por la representación procesal de la mercantil AUTOCARES ADROVER S.L. contra la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 9 de marzo de 2017, que le impuso una sanción de 28.550 euros, por su participación en la infracción única y continuada del cartel del transporte escolar en las Illes Balears al menos desde agosto de 2015, estando aún vigentes los efectos de dicho cartel por lo que se considera incurso en las prácticas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

La sentencia impugnada, cuya fundamentación hemos transcrito en los antecedentes de esta sentencia, sustenta la decisión de estimar el recurso contencioso-administrativo, tras plantear la tesis a las partes, al amparo del artículo 33.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, acerca de si la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia habría definido de forma correcta el mercado geográfico afectado por las conductas imputadas, con base en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, fijada en la sentencia de 30 de enero de 2020 (asunto C-317/18), razona que para apreciar la existencia de un cartel que tenga como finalidad ilícita el reparto del mercado se requiere que concurren los presupuestos inescindibles, el de competidor y el de mercado, de modo que en el caso enjuiciado supone considerar que 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 si, puesto que el mercado geográfico es distinto.

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

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

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

Se cuestiona la sentencia de la Audiencia Nacional porque confunde el mercado de referencia y el mercado afectado al asimilar el mercado geográfico de la conducta infractora con el territorio en el que las condiciones de



competencia son homogéneas por las particularidades geográficas de cada isla, circunscribiendo así el mercado al ámbito de cada una de las islas.

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

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



alegaciones diversas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y las SSTs de 21 de mayo de 2020 (rec. 7880/2018) y 26 de octubre de 2020 (rec. 4227/2019).

Se añade que, aunque sí incluso se considerase que fuera incorrecta la definición de mercado geográfico que hace la resolución anulada, y debiera limitarse a cada una de las islas, como afirma la sentencia de instancia, la consecuencia anulatoria determinada por esta sentencia resultaría incorrecta y contraria a la doctrina jurisprudencial, donde se expone claramente que constituye infracción en materia de competencia la conducta de una empresa que participa activamente en los actos de constitución de un cártel aunque dicha empresa no comercialice productos en el mercado principal de referencia, pero 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.

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

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



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

Antes de abordar, concretamente, el examen de las infracciones del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia que aduce la Abogacía del Estado, procede dejar constancia de las normas jurídicas que resultan aplicables y son objeto de interpretación, así como recordar la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que consideramos relevante para resolver la presente controversia casacional.

A) El Derecho de la Unión Europea.

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

- «1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:
- a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
 - b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
 - c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
 - d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
 - e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.»
2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.
3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:
- cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,
 - cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas
 - cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas,
- que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso

técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el

beneficio resultante, y sin que:

a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales

objetivos;

b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte

sustancial de los productos de que se trate.»

B) El Derecho Estatal

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

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

a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.

b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.

c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.

d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

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

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

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

a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.

- b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.
 - c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.
 - d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
 - e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.
2. Son nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley.
3. La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que:
- a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas.
 - b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y
 - c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.
4. La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, o recomendaciones colectivas, o prácticas concertadas o conscientemente paralelas que cumplan las disposiciones establecidas en los Reglamentos Comunitarios relativos a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresa y prácticas concertadas, incluso cuando las correspondientes conductas no puedan afectar al comercio entre los Estados miembros de la UE.
5. Asimismo, el Gobierno podrá declarar mediante Real Decreto la aplicación del apartado 3 del presente artículo a determinadas categorías de conductas, previo informe del Consejo de Defensa de la Competencia y de la Comisión Nacional de la Competencia.»

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

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

C) La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de julio de 2008 (asunto C-49/07), en relación con la definición de mercado geográfico, se expone:

«Según reiterada jurisprudencia, a efectos de la aplicación del artículo 82 CE, el mercado del producto o del servicio de que se trata incluye los productos o los servicios que son sustituibles o suficientemente intercambiables con éste, en función no sólo de sus características objetivas, en cuya virtud son especialmente adecuados para satisfacer las necesidades constantes de los consumidores, sino también en función de las condiciones de la competencia, así como de la estructura de la demanda y de la oferta en el mercado de que se trate (sentencias del Tribunal de Justicia de 11 de diciembre de 1980, L'Oréal, 31/80, Rec. p. 3775, apartado 25; de 9 de noviembre de 1983, Michelin/Comisión, 322/81, Rec. p. 3461, apartado 37, y de 3 de julio de 1991, AKZO/Comisión, C-62/86, Rec. p. I-3359, apartado 51).

[...]

Respecto del concepto de mercado geográfico afectado, éste se desprende, al igual que la definición de mercado de productos o servicios, de una apreciación económica. En consecuencia, el mercado geográfico puede definirse como 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 Continental/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).»

En la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2023 (asunto C-333/21), en relación con la distinción de las infracciones a la normativa de competencia por su objeto o por sus efectos, se expone:

«El concepto de comportamiento que tiene un «efecto» contrario a la competencia engloba, por su parte, cualquier comportamiento del que no pueda considerarse que tiene un «objeto» contrario a la competencia, siempre que se demuestre que este comportamiento tiene por efecto real o potencial impedir, restringir o falsear la competencia de modo sensible [véanse, en este sentido, las sentencias de 28 de mayo de 1998, Deere/Comisión, C-7/95 P, EU:C:1998:256, apartado 77, y de 30 de enero de 2020, Generics (UK) y otros, C-307/18, EU:C:2020:52, apartado 117].

Para ello, es necesario examinar el juego de la competencia en el marco real en el que se desarrollaría de no existir el acuerdo, la decisión de una asociación de empresas o la práctica concertada en cuestión [sentencias de 30 de junio de 1966, LTM, 56/65, EU:C:1966:38, página 360, y de 30 de enero de 2020, Generics (UK) y otros, C-307/18, EU:C:2020:52, apartado 118], definiendo el mercado o los mercados en los que este comportamiento puede producir sus efectos y, posteriormente, identificando estos efectos, ya sean reales o potenciales. Este examen implica tomar en consideración el conjunto de las circunstancias pertinentes.»

Y en la ulterior sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de septiembre de 2024, (asunto C-264/23), en relación con la definición del mercado de referencia, se expone

«Por lo tanto, solo se solicita al Tribunal de Justicia que proporcione indicaciones sobre los elementos de interpretación que deben tenerse en cuenta para definir el mercado de referencia cuando se trata, como en el litigio principal, de los servicios de intermediación en línea, debiendo precisarse que esa definición, que exige tomar en consideración las condiciones de competencia y la estructura de la demanda y de la oferta en el mercado de referencia, depende en gran medida de un examen exhaustivo de los hechos, que solo puede realizar el órgano jurisdiccional remitente. Ello así máxime cuando este solo ha proporcionado al Tribunal de Justicia pocos elementos y, por lo tanto, el Tribunal de Justicia no está en condiciones de establecer una definición rigurosa del mercado de los productos de referencia.

Como se indica tanto en el punto 2 de la Comunicación de 1997 de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (DO 1997, C 372, p. 5) como en el punto 6 de la Comunicación revisada de 2024 de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa de la Unión en materia de competencia (DO 2024, C 1645, p. 1), la definición del mercado permite determinar y definir los límites de la competencia entre las empresas.

[...]

El artículo 3, apartado 1, del Reglamento (UE) n.º 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo [101 TFUE, apartado 3,] a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas,

debe interpretarse en el sentido de que,

en una situación en la que una plataforma de reservas hoteleras en línea sirve de intermediario en las operaciones celebradas entre los establecimientos de alojamiento y los consumidores, la definición del mercado de referencia a efectos de la aplicación de los umbrales de cuotas de mercado previstos en dicha disposición exige un examen concreto de la sustituibilidad, desde el punto de vista de la oferta y de la demanda, entre los servicios de intermediación en línea y los demás canales de venta.»

D) La jurisprudencia del Tribunal Supremo

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

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

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

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

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

En la sentencia de esta Sala núm. 10/2024, de 8 de enero de 2024 (RC 5968/2022), en relación con el enjuiciamiento de sanciones impuestas por la participación en el cártel del transporte escolar de las Islas Baleares, fijamos la siguiente doctrina:

«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).»

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



La cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, sobre la que esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo debe pronunciarse, tal como se expone en el auto de la Sección Primera de esta Sala de 6 de marzo de 2024, consiste en matizar, 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 es o no un elemento del tipo de la infracción tipificada en los citados artículos.

Delimitada, en estos estrictos términos, la controversia casacional, esta Sala, siguiendo la doctrina fijada en la sentencia de este Tribunal Supremo 1779/2023, de 22 de diciembre de 2023 (RC 8106/2022), considera que la sentencia impugnada ha incurrido en error de Derecho, puesto que 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, al enjuiciarse en este supuesto una practica restrictiva de la competencia constitutiva de cártel, por las siguientes consideraciones jurídicas:

En primer termino, cabe referir que no podemos eludir 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 actuación de los operadores económicos revela que, por su propósito y por su propia naturaleza intrínseca, está destinada a limitar o impedir la libre competencia, que se distingue de las infracciones de la normativa de defensa de la competencia por sus efectos, en las que no es necesario demostrar que el comportamiento contrario a la competencia tiene por efecto real o potencial impedir, restringir o falsear la competencia de manera sensible.



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

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

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

Procede recordar que, para estar incurso en la prohibición establecida en el artículo 81 CE, apartado 1, un acuerdo debe tener "por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común". Es jurisprudencia reiterada del TJUE, desde la sentencia de 30 de junio de 1966, LTM (56/65, Rec. pp. 337 y ss., especialmente p. 359), que el



carácter alternativo de este requisito, como indica la conjunción "o", lleva en primer lugar a la necesidad de considerar el objeto mismo del acuerdo, habida cuenta del contexto económico en el que se debe aplicar. Sin embargo, en caso de que el análisis de las cláusulas de dicho acuerdo no revele un grado suficiente de nocividad respecto de la competencia, es necesario entonces examinar los efectos del acuerdo y, para proceder a su prohibición, exigir que se reúnan los elementos que prueben que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, bien impedido, bien restringido o falseado de manera sensible.

En el caso que enjuiciamos, la infracción «por el objeto» que ha sido sancionada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia 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 (en este caso, en la Isla de Mallorca) 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 sentencia de instancia atañe a la transcendencia que el mercado ostenta en las infracciones por el objeto. En éstas, la comisión de la infracción no es algo que dependa del efecto concreto que la conducta colusoria haya producido en el mercado, ni, por ende, en el mercado relevante geográfico, por cuanto, una vez probada la existencia de acuerdo anticompetitivo, la definición del mercado no es totalmente decisiva, o, cuanto menos, no lo es tanto como en las infracciones «por efecto».

La ya mencionada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 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)."



En la ulterior sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2023 (asuntp C-333/21) se precisa que el concepto de comportamiento que tiene un «efecto» contrario a la competencia engloba, por su parte, cualquier comportamiento del que no pueda considerarse que tiene un «objeto» contrario a la competencia, siempre que se demuestre que este comportamiento tiene por efecto real o potencial impedir, restringir o falsear la competencia de modo sensible [véanse, en este sentido, las sentencias de 28 de mayo de 1998, Deere/Comisión, C-7/95 P, EU:C:1998:256, apartado 77, y de 30 de enero de 2020, Generics (UK) y otros, C-307/18, EU:C:2020:52, apartado 117].

Y en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 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].

Por ello, al tratarse el supuesto que analizamos de la imposición de una sanción por infracción de la normativa de defensa de la competencia derivada de la participación de la mercantil AUTOCARES ADROVER S.L. en la infracción única y continuada constitutiva del cártel del transporte escolar en las Illes Balears al menos desde agosto de 2005, que cabe caracterizar, por la naturaleza y contenido de los acuerdos, como una restricción de la competencia por su objeto, no resulta aplicable los criterios sentados en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de enero de 2020 (asunto C-307/18) -en que la sentencia de instancia fundamenta su pronunciamiento anulatorio de la resolución de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia- puesto que en este supuesto no procede la evaluación de los efectos potenciales o reales sobre la competencia para determinar la existencia de un comportamiento anticompetitivo.

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

La calificación de la conducta del artículo 1 de la 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.



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

CUARTO.- Sobre la fijación de doctrina jurisprudencial en relación con la interpretación del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en relación con lo dispuesto en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

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

A los efectos de la aplicación e interpretación de la normativa de la Unión Europea en materia de defensa de la competencia establecida en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, así como de la normativa estatal prevista en la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en las prácticas o conductas calificadas como cártel, la definición del mercado geográfico relevante o afectado no es un elemento del tipo de las conductas prohibidas enunciadas 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, sino que constituye una apreciación económica, que permite establecer los límites de la competencia entre los operadores, y que debe considerarse y examinarse para determinar el alcance del ámbito espacial en el que se desarrollan las estrategias empresariales de



colaboración o concertación que tengan como objeto impedir, restringir o falsear la competencia, con la finalidad de determinar la gravedad de los comportamientos anticompetitivos, y, en consecuencia, poder cuantificar el importe de las sanciones que correspondan conforme a los principios y criterios de objetividad y proporcionalidad.

En el caso de autos, en que se enjuicia la conducta de una empresa de transporte participante en el cártel del transporte escolar de las Islas Baleares, que calificamos de restricción a la normativa de competencia por el objeto, la definición del mercado geográfico relevante se encuentra determinada por el ámbito espacial que se corresponde con el conjunto de las Islas Baleares, en la medida que el acuerdo constitutivo del cártel, por el que empresas del transporte y la Federación empresarial de Baleares conciertan el reparto del mercado de los servicios de transporte que iba a licitar la Administración en el conjunto de las Islas Baleares, por su propósito, contenido y alcance global, se proyecta sobre el conjunto del territorio integral de las islas.

En consecuencia con lo razonado, procede declarar haber lugar al recurso casación interpuesto por el Abogado del Estado, que comparece en representación y defensa de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 3 de mayo de 2022, dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 347/2017, 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 los motivos y cuestiones aducidas por las partes en el proceso de instancia.

QUINTO- Sobre las costas procesales.



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

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decididouna vez fijada en el fundamento jurídico cuarto de esta sentencia la doctrina jurisprudencial relativa a la interpretación del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Primero.- Declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado, que asume la representación y defensa de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 3 de mayo de 2022, dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 347/2017, que casamos.

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

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

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





R. CASACION/5892/2022

Así se acuerda y firma.

