



Roj: **STS 4377/2025 - ECLI:ES:TS:2025:4377**

Id Cendoj: **28079130032025100189**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **13/10/2025**

Nº de Recurso: **6131/2022**

Nº de Resolución: **1274/2025**

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

Ponente: **EDUARDO CALVO ROJAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, 03-05-2022 (rec. 361/2017),**
SAN 2127/2022,
ATS 7102/2024,
STS 4377/2025

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.274/2025

Fecha de sentencia: 13/10/2025

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **6131/2022**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 07/10/2025

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

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

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 003

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: **6131/2022**

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 003

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1274/2025

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 13 de octubre de 2025.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº **6131/2022** interpuesto por la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, representada y defendida por el Abogado del Estado, contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 3 de mayo de 2022 que resuelve el procedimiento ordinario nº 361/2017. Se ha personado como parte recurrida AUTOCARES GAR-FA S.A., representada por el procurador D. Argimiro Vazquez Guillen y defendida por el abogado D. Miguel Manuel Ramis de Ayreflor Catany.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-La representación procesal de la entidad Autocares Garfa, S.A., interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de fecha 9 de marzo de 2017 (expediente S/DC/0512/14 transporte balear de viajeros), por la que le impuso una sanción de multa por importe de 15.486 euros.

El recurso fue resuelto por sentencia núm. 2906/2017, de fecha 3 de mayo de 2022, de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (procedimiento ordinario nº 361/2017), en cuya parte dispositiva se acuerda:

<<[...] FALLAMOS

ESTIMAR el recurso contencioso administrativo nº 361/2017, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y en representación de la mercantil Autocares Garfa, S.A., 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 15.486 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.>>

SEGUNDO.-De la fundamentación de la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ahora recurrida en casación, reproducimos ahora los siguientes fragmentos:

<< [...] 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 GARFA, S.A., tiene su sede social en Palma de Mallorca y que se dedica al transporte de viajeros por carretera, en la Isla de Mallorca.

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 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)"*.

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 aíslan 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 GARFA 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>>.

TERCERO.-Notificada a las partes la sentencia que resolvió el recurso contencioso- administrativo, preparó recurso de casación contra ella la Abogacía del Estado, siendo admitido a trámite el recurso por auto de la Sección Primera de esta Sala de fecha 5 de junio de 2024 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:

<< (...) 2º/ 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.

3º/ 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.>>

CUARTO.-El Abogado del Estado formalizó la interposición del recurso de casación mediante escrito presentado el 4 de julio de 2024 en el que después de exponer los argumentos de impugnación que luego reseñaremos, termina solicitando que se case y anule la sentencia núm. 2906/2017, de 3 de mayo de 2022, de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, y se estime el recurso de casación confirmando la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de fecha 9 de marzo de 2017.

QUINTO.-Mediante providencia de 8 de julio de 2024 se tuvo por interpuesto el recurso formulado por la parte recurrente y se dio traslado a las parte recurrida para que pudiese formular su oposición.

SEXTO.-La representación procesal de Autocares Garfa S.A. presentó escrito de fecha 16 de septiembre de 2024 en el que manifestó su voluntad de no oponerse al recurso de casación.

SÉPTIMO.-Por providencia de 25 de diciembre de 2024 se acordó no haber lugar al señalamiento de vista; y por ulterior providencia de 18 de junio de 2025 se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas y se señaló el recurso para la votación y fallo de este procedimiento el día 7 de octubre de 2025, fecha en la que, efectivamente, tuvo lugar la deliberación y votación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Objeto del recurso de casación.

El presente recurso de casación nº **6131/2022** se interpone en representación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 3 de mayo de 2022 (procedimiento ordinario nº 361/2017).

Como hemos visto en el antecedente primero, la sentencia de la Sala de la Audiencia Nacional, ahora recurrida en casación, resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto en representación de Autocares Garfa S.A. contra la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de fecha 9 de marzo de 2017 (expediente S/DC/0512/14, transporte balear de viajeros), por la que le impuso una sanción de multa por importe de 15.486 euros.

La sentencia estima el recurso y declara la nulidad de la resolución impugnada pero exclusivamente en relación con la sanción impuesta a la mercantil recurrente; imponiendo a la Administración demandada las costas procesales causadas en la instancia.

En el antecedente segundo hemos dejado reseñadas las razones que se exponen en la sentencia recurrida para fundamentar la estimación del recurso contencioso-administrativo. Procede entonces que entremos a examinar las cuestiones suscitadas en casación y, en particular, la señalada en el auto de la Sección Primera de esta Sala de 5 de junio de 2024.

SEGUNDO.-Cuestión de interés casacional señalada en el auto de admisión del recurso y normas que han de ser aplicadas e interpretadas.

En el auto de admisión del recurso se declara que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste 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.

El auto de admisión identifica las normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación: 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.

Veamos ese marco normativo que debemos tomar en consideración.

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"

TERCERO.-Planteamiento de la parte recurrente.

La representación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia expone los argumentos y motivos de impugnación que pasamos a reseñar:

1/Infracciones de la sentencia recurrida.

La sentencia recurrida 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, cuando en los acuerdos de los citados artículos existe una distinción entre mercado relevante y mercado afectado, y ello en base a la consideración de que en este tipo de conductas el mercado afectado lo determina el comportamiento de las propias empresas, ya que el concepto de mercado afectado por la conducta infractora viene determinado por el ámbito en el que las conductas hayan producido, o sean susceptibles de producir, efectos sobre las condiciones de competencia efectiva, por lo que la sentencia debió de haber considerado también, en su

análisis sobre la correcta definición del mercado, el contenido de los acuerdos y los efectos derivados de los mismos.

Por otra parte, la definición del mercado no es un elemento esencial del tipo infractor, como resulta de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda) de 8 de julio de 2004, asunto T-44/00, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera ampliada) de 8 de julio de 2004, asunto T-99/04, la sentencia del Tribunal General (Sala Cuarta) de 8 de septiembre de 2010, asunto T-29-05, la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 22 de octubre de 2015, asunto C-194/14 P, la sentencia del Tribunal General (Sala Segunda) de 10 de noviembre de 2017, asunto T-180/15, y las SSTs de 21 de mayo de 2020 (recurso 7880/2018) y 26 de octubre de 2020 (recurso 4227/2019).

Se trata de una infracción por el objeto en la cual la acción tiene lugar mediante la mera concertación de las empresas para evitar la competencia, acto que, por su naturaleza, es antecedente a que la producción de efectos materialmente apreciables en el mercado.

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

También la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2024 (casación 6135/2022) en la que se declara lo que sigue:

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

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

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

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

En cualquier caso, incluso si se considerara que la definición de mercado geográfico expuesta en la resolución anulada fuera incorrecta (*quod non*) y la misma debiera limitarse a cada una de las Islas Baleares, como afirma la sentencia recurrida, la consecuencia anulatoria determinada por dicha 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.

Así resulta de la sentencia de esa Sala de 26 de octubre de 2020 (recurso de casación 4227/2019) caso Alluitz Motor contra la sentencia de 26 de marzo de 2019, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso-administrativo núm. 580/2015, sobre

sanción de multa impuesta por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el ámbito del expediente sancionador S/0471/13 Concesionarios AUDI/SEAT/VW.

De todo ello se concluye que 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.

No resulta pertinente la invocación de jurisprudencia en materia de abuso de posición de dominio y de control de concentraciones para considerar la relevancia del mercado en conductas prohibidas por el artículo 1 LDC y 101 TFUE constitutivas de cártel toda vez que sólo en los casos de abusos y de concentraciones es un elemento imprescindible en el análisis de los asuntos la definición del mercado, mientras que en los casos de conductas de los artículos 1 LDC y 101 TFUE, los elementos que configuran la conducta de cártel son el acuerdo y la condición de competidor, y aun cuando la delimitación concreta del mercado puede ser un elemento que permite apreciar la condición de competidores de las empresas en el mercado relevante, no es, sin embargo, un elemento imprescindible para acreditar la existencia de la infracción.

La sentencia también infringe el ordenamiento jurídico respecto de los criterios que configuran la condición de competidor en los acuerdos del artículo 1 LDC y del artículo 101 TFUE, porque el hecho de que las empresas operen en mercados geográficos distintos elimina toda posibilidad de ser consideradas competidoras y, por tanto, autoras de una infracción de cártel.

El concepto de competidor es amplio, e incluye tanto los competidores reales como los potenciales, como resulta del artículo 63 LDC, así como de las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 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.

2/El presente recurso de casación suscita una cuestión jurídica idéntica a la de otros recursos resueltos por sentencias que acogen el planteamiento que la Abogacía del Estado sostiene en este recurso.

En efecto, planteamiento de la Abogacía del Estado ha sido acogido en sentencias de la Sección Tercera de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2023 (recursos de casación 7673/2022 y 6135/2022) y 31 de enero de 2024 (recursos de casación 7674/2022 y 8103/2022) así como sentencias de 22 de diciembre de 2023 (casación 5280/2022), 8 de enero de 2024 (casación 5968/2022), 24 de enero de 2024 (casación 5876/2022 y la dictada en el recurso de casación 8106/2022 (aunque la parte recurrente no lo indica, se trata de la sentencia nº 1779/2023, de 22 de diciembre de 2023). También en las sentencias de 30 de enero de 2024 (recursos de casación 7673/2022 y 6135/2022), 31 de enero de 2024 (casación 5976/2022), 5 de febrero de 2024 (casación 5978/2022), 28 de febrero de 2024 (casación 5665/2022), 29 de febrero de 2024 (casación 6141/2022) y 4 de marzo de 2024 (casación 5674/2022).

En todas ellas, con ligeras variantes, se ha respondido a la cuestión con interés casacional planteada señalando que:

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

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)."

3/Jurisprudencia que se pretende y sentencia que debe dictarse.

Sostenemos que debe reiterarse la jurisprudencia expuesta según la cual 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).

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 al que puso término, confirmando la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de fecha 9 de marzo de 2017 (S(DC/0512/14 Transporte), que sanciona con multa de 50.302 euros por una conducta consistente en una infracción única y continuada constitutiva de cártel del transporte escolar en las Illes Balears, al menos desde agosto de 2005, estando todavía pendientes los efectos de dicho cártel, pues los contratos derivados de la licitación de 2013 se mantienen hasta el curso escolar 2016/2017.

CUARTO.-Posicionamiento de la parte recurrida.

Como ha quedado señalado en el antecedente séptimo, la representación procesal de Autocares Garfa S.A. presentó escrito en el que manifestó su voluntad de no oponerse al recurso de casación.

QUINTO.-Criterio de esta Sala.

Como hemos visto en apartados anteriores, 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.

La cuestión así delimitada ha sido examinada por esta Sala en ocasiones anteriores, siendo muestra de ello nuestras sentencias 1769/2023, de 21 de diciembre de 2023 (casación 8103/2022), 1776/2022, de 21 de diciembre de 2023 (casación 7674/2022), 1779/2023, de 22 de diciembre de 2023 (casación 8106/2022), 1781/2023, de 22 de diciembre de 2023 (casación 5280/2022), 107/202, de 24 de enero de 2024 (casación 5867/2022), 139/2024 y 149/2024, ambas de 30 de enero (recursos de casación 6135/2022 y 7673/2022), 151/2024, de 31 de enero de 2024 (casación 5976/2022), 193/2024, de 5 de febrero de 2024 (casación 5978/2022), 333/2024, de 28 de febrero de 2024 (casación 5665/2022), 355/2024, de 29 de febrero de 2024 (casación 6141/2022), 372/2024, de 4 de marzo de 2024 (casación 5674/2022), 1004/2024, de 6 de junio de 2024 (casación 5277/2022), 1047/2024, de 13 de junio de 2024 (casación 5230/2022) y 737/2025, de 11 de junio de 2025 (casación 5227/2022).

Siguiendo la doctrina fijada en dichas sentencias, por razones de seguridad jurídica, unidad de doctrina e igualdad en la aplicación de la ley, esta Sala considera que la sentencia recurrida ha incurrido en error de derecho pues entendemos 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; y ello por las razones que ya expusimos en aquellas resoluciones anteriores y que ahora reseñaremos de manera sintetizada.

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. Señala la sentencia 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 de instancia 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 del Tribunal Supremo considera que la conclusión alcanzada en la sentencia de instancia no es la adecuada por dos razones esenciales.

En primer lugar, 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 (casación 7573/2021), que cita las sentencias 3056/2021, de 15 de marzo (casación 3405/2020, F.J. 3) y 43/2019, de 21 de enero (casación 4323/2017, F.J. 3), de la que reproduce este fragmento:

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

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

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

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

Por tanto, es irrelevante el dato relativo a las áreas concretas en que las transportistas implicadas desarrollaban su actividad e incluso dónde se comprometían a desarrollarla en el futuro puesto que lo decisivo a estos efectos es 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 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 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 (casación 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].

De conformidad con los razonamientos que acabamos de reseñar, 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 (artículo 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 artículo 64.1.a/ LDC).

SEXTO.-Respuesta a la cuestión de interés casacional.

De conformidad con las consideraciones expuestas en los apartados anteriores, y dando respuesta a la cuestión de interés casacional planteada en este recurso de casación, esta Sala declara, al igual que hicimos en los recursos precedentes antes citados, 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.

SÉPTIMO.-Resolución del recurso de casación.

En consonancia 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 debe ser casada.

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 acordar la retroacción de 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 dicte nueva sentencia en la que se pronuncie sobre el resto de motivos y cuestiones aducidas por las partes en el proceso de instancia.

OCTAVO.-Costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4, 139.1 y 139.4 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, entendemos que no procede la imposición de las costas derivadas del recurso de casación a ninguna de las partes. Y tampoco la imposición de las costas del proceso de instancia habida cuenta que lo que vamos a acordar en la parte dispositiva es la devolución de las actuaciones a la Sala de la que proceden para que dicte nueva sentencia.

Vistos los preceptos citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción,

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, esta Sala acuerda:



1/Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 21 de abril de 2022 (procedimiento ordinario nº 361/2017), que queda anulada y sin efecto.

2/Se ordena devolver las actuaciones a la Sala de la que proceden para que, con retroacción de las mismas al momento inmediatamente anterior al dictado de la sentencia, dicte nueva sentencia resolviendo lo que proceda sobre las demás cuestiones y pretensiones planteadas por las partes.

3/No hacemos expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso de casación, ni de las causadas en el proceso de instancia, abonando cada parte 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ