

Roj: **STS 5267/2025 - ECLI:ES:TS:2025:5267**

Id Cendoj: **28079130032025100225**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **04/11/2025**

Nº de Recurso: **8314/2022**

Nº de Resolución: **1409/2025**

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

Ponente: **MARIA PILAR CANCER MINCHOT**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2158/2022,**

AAAN 9790/2022,

ATS 2013/2023,

AAAN 4724/2023,

ATS 2992/2024,

STS 5267/2025

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.409/2025

Fecha de sentencia: 04/11/2025

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **8314/2022**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 07/10/2025

Ponente: Excma. Sra. D.^a Pilar Cancer Minchot

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

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 003

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: **8314/2022**

Ponente: Excma. Sra. D.^a Pilar Cancer Minchot

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 003

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1409/2025



Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, presidente

D. Eduardo Calvo Rojas

D. José Luis Gil Ibáñez

D. Juan Pedro Quintana Carretero

D.ª Pilar Cancer Minchot

D.ª Margarita Beladiez Rojo

En Madrid, a 4 de noviembre de 2025.

Esta Sala ha visto los recursos de casación registrados con el número **8314/2022** interpuestos por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) asistida por el Abogado del Estado; y por el procurador D. Gabriel Tomas Gili en nombre y representación de TRANSACOBO S.L; frente a la sentencia de 5 de mayo de 2022 dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 336/2017. Han comparecido como partes recurridas en uno y otro TRANSACOBO S.L. y la Administración del Estado, respectivamente.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Pilar Cancer Minchot.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-La representación procesal de TRANSACOBO S.L. interpuso el recurso contencioso-administrativo 336/2017 ante la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional contra la resolución de 9 de marzo de 2017 de la Sala de la Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) recaída en el expediente S/DC/0512/14, Transporte Balear de Viajeros, por la que, entre otros extremos, se impuso a la recurrente una sanción de multa de 582.459 € por su participación en una infracción única y continuada constitutiva del cártel del transporte escolar en las Islas Baleares al menos desde octubre de 2004. Y una sanción de multa de 477.616 € por su participación en la conducta infractora consistente en los acuerdos bilaterales de reparto de los servicios de transporte discrecional de viajeros demandados por determinados clientes en determinadas zonas de la isla de Mallorca de diversa duración.

SEGUNDO.- La Sala de instancia por sentencia de 5 de mayo de 2022 fija el siguiente fallo:

"1.-Estimar en parte el recurso interpuesto por el procurador Don Tomás Gabriel Gili, en nombre y representación de la mercantil en nombre y representación de la mercantil TRANSACOBO S.L., contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 9 de marzo de 2017, recaída en el expediente S/DC/0512/14, Transporte Balear de Viajeros a los efectos de:

1- Anular la sanción impuesta a la recurrente por su participación en la infracción única y continuada en relación con el transporte escolar de viajeros en las Islas Baleares y,

2- Anular la sanción impuesta por la infracción una infracción consistente en la recomendación y difusión de las tarifas de las excursiones y traslados de transporte discrecional en la isla de Mallorca por la FEBT desde 1977 hasta 2011, prohibido por el artículo 1 de la Ley 110/1963 , el artículo 1 de la Ley 16/1989 y el artículo 1 de la LDC, que deberá calcularse de nuevo por la CNMC atendiendo a un nuevo parámetro de gravedad de la conducta imputada, (duración de la conducta).

3.- Sin costas."

TERCERO.- Hay un auto de aclaración de dicha sentencia de 25 de octubre de 2022 cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

"1-Rectificar el error material padecido en el Fundamento de Derecho de la sentencia dictada en el presente procedimiento Decimonoveno que deberá quedar redactado con el siguiente tenor literal:

"Lo expuesto en los anteriores fundamentos determina la estimación en parte del presente recurso, a los efectos de: 1- Anular la sanción impuesta a la recurrente por su participación en la infracción única y continuada en relación con el transporte escolar de viajeros en las Islas Baleares y, 2- Anular la sanción impuesta por la infracción consistente en el acuerdo con ULTRAMAR para repartirse el transporte discrecional en las zonas de Bahía de Palma (sur) y Alcudia (norte) de la isla de Mallorca, solicitados por determinados clientes y operadoras de cruceros, desde junio 2008 hasta marzo de 2016, con efectos previstos hasta 2021 y por el acuerdo con



TRANSUNION para repartirse los servicios de transporte discrecional demandados por determinados clientes en la zona norte y de Son Servera de la isla de Mallorca, desde abril de 2011 hasta mayo de 2013, que deberá calcularse de nuevo por la CNMC atendiendo a un nuevo parámetro de gravedad de la conducta imputada, (duración de la conducta), conforme a lo dispuesto en el Fundamento de Derecho Decimoctavo de la presente resolución, sin hacer pronunciamiento sobre el pago de costas procesales. "

2-Rectificar el error material padecido en el Fallo de la sentencia dictada en el presente procedimiento Decimonoveno que deberá quedar redactado con el siguiente tenor literal:

"Estimar en parte el recurso interpuesto por el procurador Don Tomás Gabriel Gili, en nombre y representación de la mercantil TRANSACOBO S.L., contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 9 de marzo de 2017, recaída en el expediente S/DC/0512/14, Transporte Balear de Viajeros a los efectos de: 1- Anular la sanción impuesta a la recurrente por su participación en la infracción única y continuada en relación con el transporte escolar de viajeros en las Islas Baleares y, 2- Anular la sanción impuesta por la infracción consistente en el acuerdo con ULTRAMAR para repartirse el transporte discrecional en las zonas de Bahía de Palma (sur) y Alcudia (norte) de la isla de Mallorca, solicitados por determinados clientes y operadoras de cruceros, desde junio 2008 hasta marzo de 2016, con efectos previstos hasta 2021 y por el acuerdo con TRANSUNION para repartirse los servicios de transporte discrecional demandados por determinados clientes en la zona norte y de Son Servera de la isla de Mallorca, desde abril de 2011 hasta mayo de 2013, que deberá calcularse de nuevo por la CNMC atendiendo a un nuevo parámetro de gravedad de la conducta imputada, (duración de la conducta), conforme a lo dispuesto en el Fundamento de Derecho Decimoctavo de la presente resolución, sin hacer pronunciamiento sobre el pago de costas procesales". "

CUARTO.- Notificada la sentencia, se presentó ante dicha Sala escrito por la representación procesal de la CNMC informando de su intención de interponer recurso de casación y, tras justificar en el escrito de preparación la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, identificar la normativa a su parecer infringida y defender que concurre en el caso interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en los términos que señala en su escrito, la Sala sentenciadora, por auto de 16 de noviembre de 2022 tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en este Tribunal y personados la CNMC como recurrente y TRANSACOBO S.L como recurrida, la Sección de Admisión de esta Sala acordó, por auto de 23 de febrero de 2023 lo siguiente:

"1.º) Admitir el recurso de casación n.º **8314/2022** preparado por el Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta, contra la sentencia de 5 de mayo de 2022, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo n.º 336/2017.

2.º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en perfilar, precisar o concretar nuestra jurisprudencia en relación con lo dispuesto en los artículos 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, a fin de aclarar, en las conductas calificadas como carteles, 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 antijuridicidad de la conducta infractora, tomando en consideración la actividad de que se trata y la insularidad de los territorios en los que se desarrolla la misma, y todo ello en relación con la condición de competidor.

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

SEXTO.- Por diligencia de ordenación se dispuso la remisión de las actuaciones a esta Sección Tercera para su tramitación y decisión y se confirió a la parte recurrente el plazo de treinta días para presentar su escrito de interposición.

SÉPTIMO.- La representación procesal de la CNMC evacuó dicho trámite mediante escrito de 28 de marzo de 2023 y su pretensión es del siguiente tenor literal:

"Primero: que estime el recurso, case la sentencia recurrida y desestime íntegramente el recurso contencioso administrativo al que puso término restableciendo en la integridad de su validez y efectos jurídicos la Resolución de la CNMC que dejó sin efecto.

Segundo: que declare que, en las conductas calificadas como carteles, la delimitación exacta del mercado relevante, y, más concretamente, del mercado geográfico, no es un elemento del tipo de la infracción tipificada en los citados artículos determinante para valorar la antijuridicidad de la conducta infractora.



Tercero: que declare que no existe ninguna norma o precepto que prohíba -dentro de la instrucción- añadir nuevos hechos objeto del expediente sancionador y, mucho menos, limitar los hechos objeto de la sanción al momento de dictar el acuerdo de incoación y en consecuencia que en el marco de un procedimiento sancionador por infracciones de la LDC y el TFUE, las conductas investigadas/sancionadas pueden abarcar hechos acreditados producidos con posterioridad a la fecha de incoación del expediente."

OCTAVO.- Por providencia de 3 de abril de 2023 se acordó tener por interpuesto el recurso de casación y en aplicación del artículo 92.5 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA), dar traslado a las partes recurridas y personadas para que presentasen escrito de oposición en el plazo de treinta días, lo que efectuó TRANSACOBO S.L mediante escrito de 28 de mayo de 2023 en el que interesó que:

"...la delimitación exacta del mercado relevante y, más concretamente del mercado geográfico, es un elemento del tipo infractor previsto 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, en las infracciones complejas, colectivas e ininterrumpidas, como son con frecuencia los carteles, determinante para valorar la antijuridicidad de la conducta infractora".

Y desestime el recurso de casación, confirmando la sentencia de la Audiencia Nacional recurrida en cuanto ha sido impugnada por el Abogado del Estado.

2º. Subsidiariamente, para el caso de que el Tribunal Supremo estime el recurso de casación, dicte sentencia confirmando la sentencia recurrida y, subsidiariamente, anule parcialmente la sentencia recurrida manteniendo el pronunciamiento sobre la segunda sanción impuesta a Transacobo, en cuanto no ha sido objeto del recurso de casación, y limite la desestimación del recurso contencioso-administrativo a la primera sanción impuesta, u ordene la retroacción de actuaciones al momento en que el Tribunal de instancia dicte sentencia."

NOVENO.- La parte TRANSACOBO S.L presentó a su vez escrito interponiendo recurso de casación: "denunciando la infracción del artículo 18.2 CE, el artículo 27 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, el artículo 13.3 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, sobre la orden de inspección, y el artículo 1 de la LDC, interpretado a la luz del Derecho comunitario y de los arts. 9.3 y 25.1 CE." Que, tras diversas vicisitudes procesales, fue admitido por auto de fecha 28 de febrero de 2024 acordando:

"1.º) Admitir el recurso de casación n.º 8314/2022 preparado por la representación procesal de la mercantil Transacobo S.L contra la sentencia de 5 de mayo de 2022, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso administrativo n.º 336/2017.

2.º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar si es posible subsumir en el tipo de infracción del artículo 1 LDC la subcontratación de servicios de transporte discrecional de viajeros que no responda a necesidades puntuales, siendo objeto de interpretación, en principio, los artículos 1 LDC y 101 TFUE. Todo ello sin perjuicio de la Sección de Enjuiciamiento extienda la interpretación a otras cuestiones o normas que considere de aplicación."

DÉCIMO.- La representación procesal de TRANSACOBO S.L presentó escrito de interposición de su casación mediante escrito de 3 de mayo de 2024 donde solicitaba:

"-Fije como doctrina que "Un acuerdo por el cual una empresa subcontrata con otras la prestación de un servicio a sus propios clientes no es constitutivo de infracción por objeto del artículo 1 de la LDC, siendo irrelevante a efectos de esa apreciación que dicha subcontratación responda o no a una necesidad puntual o coyuntural de la empresa subcontratante".

-Anule la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, de 5 de mayo de 2022, procedimiento ordinario número 336/2017, aclarada por auto de octubre de 2022, en cuanto desestimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Transacobo contra la sanción de multa de 477.616 euros impuesta a Transacobo por la CNMC, al acordar "anular la sanción impuesta por la infracción consistente en el acuerdo con ULTRAMAR para repartirse el transporte discrecional en las zonas de Bahía de Palma (sur) y Alcudia (norte) de la isla de Mallorca, solicitado por determinados clientes y operadoras de cruceros, desde junio 2008 hasta marzo de 2016, con efectos previstos hasta 2021 y por el acuerdo con TRANSUNION para repartirse los servicios de transporte discrecional demandados por determinados clientes en la zona norte y de Son Servera de la isla de Mallorca, desde abril de 2011 hasta mayo de 2013, que deberá calcularse de nuevo por la CNMC atendiendo a un nuevo parámetro de gravedad de la conducta imputada, (duración de la conducta), conforme a lo dispuesto en el Fundamento de Derecho Decimoctavo de la presente resolución".

-Estime el recurso contencioso-administrativo de Transacobo, S.L. y Anule la resolución de 9 de marzo de 2017 del Consejo de la CNMC, recaída en el expediente S/DC/0512/14, Transporte Balear de Viajeros, en cuanto impuso a Transacobo, S.L. una sanción de multa de 477.616 euros por la comisión de una infracción consistente en la adopción de acuerdos bilaterales de reparto de los servicios de transporte discrecional de viajeros por el acuerdo con Ultramar Express para repartirse el transporte discrecional en zonas de la Bahía de Palma (sur) y Alcudia (norte) de la isla de Mallorca, solicitado por determinados clientes y operadoras de cruceros, desde junio de 2008 hasta marzo de 2016, con efectos previstos hasta 2021, y por el acuerdo con Transunión para repartirse los servicios de transporte discrecional demandados por determinados clientes en zona norte y de Son Servera de la isla de Mallorca, desde abril de 2011 hasta mayo de 2013."

UNDÉCIMO.- La Abogacía del Estado en nombre y representación de la CNMC presentó en fecha de 3 de julio de 2024 su escrito de oposición al recurso de TRANSACOBO.

DUODÉCIMO.- Conclusas las actuaciones y considerándose innecesaria la celebración de vista pública, mediante providencia de 18 de junio de 2025 se señaló este recurso para votación y fallo el 7 de octubre de 2025 fecha en que tuvo lugar tal acto y se designó Magistrada ponente a la Excma. Sra. Dña. Pilar Cancer Minchot.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto y el planteamiento del recurso de casación

La presente controversia se centra, tal y como se afirmó en el Auto de admisión y su complementario, en torno a las siguientes cuestiones:

- (i) Perfilar, precisar o concretar la 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 determinar los efectos que la distinción entre mercado relevante y mercado afectado puede tener en la delimitación del elemento esencial del tipo de la infracción tipificada en los citados artículos.
- (ii) Determinar si es posible subsumir en el tipo de infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia la subcontratación de servicios de transporte discrecional de viajeros que no responda a necesidades puntuales.

Antes de abordar su examen, expondremos la "ratio decidendi" de la Sentencia al efecto y las alegaciones de las partes.

1. La Sentencia recurrida

La sentencia de 5 de mayo de 2022 dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 336/2017, señala en su fundamentación jurídica, en lo que atañe a la casación que examinamos:

"SÉPTIMO. - 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. Por lo demás, no se discute que TRANSACOBO SL. tiene su domicilio en Son Castello, Palma de Mallorca y que las actividades principalmente desarrolladas por ella son el transporte discrecional (servicios de traslados a aeropuertos y hoteles, excursiones programadas), el transporte regular de uso especial (rutas escolares).



OCTAVO. - 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. 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 Continental/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. [...]».

NOVENO.- 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.

De lo dicho se desprende que la incorrecta definición del mercado geográfico en el que se proyecta la infracción única y continuada imputada a la recurrente, en relación con el transporte escolar de viajeros en las Islas Baleares, hace inviable la sanción impuesta, sin que para llegar a esta decisión se requiera que nos pronunciamos sobre el resto de los motivos invocados en el escrito de demanda en relación con la citada infracción."

Y respecto de la segunda infracción denunciada, atinente a la segunda sanción impuesta a TRANSACOBO S.L, respecto de la que esta entidad formula su recurso de casación y el Abogado del Estado denuncia también la infracción que después expondremos, señala:

"DUODÉCIMO. - Por lo demás, se afirma en la demanda que los contratos de intermediación de servicios de transporte discrecional no son contrarios al art. 1 de la LDC. Precisa la recurrente que la cuestión nuclear de este punto es determinar si la normativa de transportes permite la subcontratación entre empresas de transporte discrecional de viajeros, o si se prefiere utilizar la terminología de la CNMC, entre empresas competidoras, ya que no es posible subarrendar a una empresa que no sea "competidora". Así las cosas, concluye, que si la normativa vigente permite ese sistema de contratación entre empresas de transporte (o competidoras en terminología de la CNMC), ninguna reprobación se puede hacer a las empresas que así contratan.

En esta línea de razonamiento defiende que la competencia sobre transporte terrestre, abarcado el discrecional de viajeros, en el ámbito de las Islas Baleares, de forma concurrente corresponde al Govern de les Illes Balears, que la ejerce a través de la Consejería de Territorio, Energía y Movilidad, y dentro de dicha Consejería por la Dirección General de Movilidad y Transportes.

Recuerda que la citada Dirección general de Movilidad y Transportes, a solicitud de Transacobo emitió certificación en la que consignó que:

" 1. Que la Ley 9/ 2013, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio de Ordenación, de los Transportes Terrestres, eliminó toda referencia a la colaboración entre transportistas para la realización de transportes públicos discretionales de viajeros, que regulaba el suprimido artículo 97 de la misma, para los supuestos de exceso de demanda de porte que sobrepase la capacidad de transporte de la empresa La única referencia a la colaboración en el transporte de viajeros se circunscribe al artículo 54.1 de dicha Ley , que se refiere a la misma únicamente en los supuestos contemplados en los artículos 76 y 89.2, relativos al transporte público regular de viajeros de uso general y especial, respectivamente.

Así, el artículo 99.1 de la Ley de Ordenación de Transportes Terrestres determina que la autorización de transporte público de viajeros habilita tanto para realizar transporte de esta clase, en las condiciones señaladas en el artículo 54, como para intermediar en su contratación.

De ello, cabe deducir que desde el momento en que la empresa de transporte público discrecional de viajeros disponga de la correspondiente autorización, ésta le habilita para intermediar en la contratación de transporte, sin sujeción a limitaciones y sin necesidad de disponer de una autorización específica.



2. Que conforme a la redacción dada por la Ley 9/2013, de 4 de julio, a dicho artículo 99.1, esta Dirección General no ha podido tramitar expedientes sancionadores por realizar actividades de intermediación a las empresas de transporte público discrecional de viajeros, 22.2 in fine de la misma Ley determina que la intervención de agencias de viaje y otros intermediarios, excluidas las empresas titulares de autorización de transporte público discrecional de viajeros, en la contratación de cualesquiera modalidades de transporte de viajeros se regirá por la legislación específica de turismo.

En último lugar, porque dicha intermediación no se halla tipificada en la repetida Ley 9/2013 de 4 de julio".

Por lo expuesto concluye la mercantil recurrente que la intermediación que por la CNMC se considera contraria a Derecho, no solo no se encuentra tipificada como hecho sancionable, sino que los transportistas están perfectamente habilitados para ello.

Explica que la práctica de la subcontratación entre empresas de transporte público discrecional de viajeros es habitual y conocida en las Islas Baleares, no sólo por transportistas y turoperadores, sino también por las autoridades administrativas, por lo que no es un proceso clandestino y siniestro, sino de notorio conocimiento como expresamente se reconoce por la Dirección General de Movilidad y Transportes, como en el resto de España como se explica en el informe del Ministerio de Fomento, de 8 de junio de 2015, emitido por el subdirector general de ordenación y normativa de transporte terrestre, a instancia de la CNMC obrante (Folios 10.771 y 10772 del expediente), a cuyo tenor: "La reforma de la LOTT hasta la entrada en vigor de la ley 9/2013, de 4 de julio, (...) el artículo 99 de la ley 16/1987, de 30 de julio, regulaba la colaboración en el transporte público discrecional de mercancías o de viajeros cuando las empresas autorizadas recibieran de demandas de portes que excedieran coyunturalmente de su propia capacidad de transporte, atendiéndolas utilizando la colaboración de otros transportistas que dispusieran de los medios necesarios y cumpliendo unas reglas establecidas en este precepto."

(...) "Así las cosas, es el artículo 99.1 de la LOTT, modificado por la Ley 9/2013, el que juntamente con la actividad de transporte contempla la posibilidad de la "intermediación" en la contratación del transporte público de viajeros, estableciendo que "las autorizaciones de transporte público de viajeros habilitan para realizar transportes de esta clase, así como para intermediar" De este modo, cualquier tipo de colaboración entre empresas de transporte para realizar transporte público discrecional de viajeros queda jurídicamente englobada en el concepto de "intermediación", en vez de en el de colaboración como ocurría anteriormente, permitiendo la Ley 9/2013, además, que cualquier empresa dedicada a esta actividad y que cuente para ello con la correspondiente autorización de transporte público discrecional de viajeros, pueda realizar cualquier actividad de intermediación sin sujeción a limitaciones y sin necesidad de disponer de una autorización específica de operador de transporte."

Añade que Ley 9/2013 de 4 de julio liberaliza la contratación en el transporte discrecional, hasta el punto de que el propio preámbulo así lo indica con claridad: "En el ámbito mercantil, se consagran los principios de libertad de contratación y de explotación de las actividades de transporte a riesgo y ventura del empresario, salvo que se trate de servicios públicos de transporte de viajeros de titularidad de la Administración".

(...)

"Se reducen las barreras operativas, liberalizando plenamente la intermediación en la contratación de transportes de viajeros, sin perjuicio de la regulación de las agencias de viajes en el ámbito turístico".

Para terminar, recoge que artículo 99.1 de la LOTT clarísimamente explica que la autorización de transporte público de viajeros habilita también para "intermediar en su contratación", en consonancia con lo que exponía el preámbulo de la Ley: "liberalizando plenamente la intermediación en la contratación de transportes de viajeros".

Dicho lo anterior, denuncia que las opiniones sobre política comercial de la CNMC no están fundadas en la realidad del mercado de transporte discrecional de viajeros de Baleares. Recuerda que el mercado turístico de las Islas Baleares tiene una fuerte estacionalidad, por lo que durante unos seis meses al año la flota de autocares de todas las empresas está en los garajes. Y durante el verano las necesidades de transporte resultan muy variables. Por lo que una empresa que dimensionara su flota al máximo de lo que pudiera precisar en el mejor de los veranos, para no subcontratar a nadie, no sobreviviría al primer invierno.

Explica que es normal que en la subcontratación se conviniera, como en el contrato entre ULTRAMAR y TRANSACOBO que "Autocares Comas realizará todos los servicios de clientes de FIRST CHOICE que exceden la capacidad de la flota propia de UET" Y que las empresas subcontratistas precisan asegurarse un nivel de subcontratación para poder disponer de los autocares necesarios, cuyo precio es elevado, y cuya compra se debe hacer con meses de antelación y que, por ello, en los acuerdos de subcontratación se asegure un determinado nivel de trabajo y encargos, pues de otro modo, las empresas subcontratadas no pueden efectuar inversiones y que no hay ningún reparto de clientes porque no se ceden los clientes, sino que lo que se subcontrata son los servicios que el cliente de la subcontratante encarga a ésta y que la subcontratante no puede comprometerse a



servir sin hipotecar su viabilidad y que los clientes de las empresas que subcontratan siguen siendo clientes de la empresa que subcontrata y nunca tiene relación con la subcontratista.

En concreto afirma que ULTRAMAR no reparte sus clientes (o mejor dicho su único cliente: el grupo TUI) con TRANSACOBO. ULTRAMAR es la empresa de transportes del grupo TUI, siendo perfectamente legal que el grupo TUI tenga como único interlocutor para sus necesidades de transporte su filial ULTRAMAR, y que ésta subcontrate para sus excedentes a otras empresas.

Argumenta que actualmente, el proceso de concentración en el mercado turístico se está dando sobre todo en los turoperadores internacionales, existiendo dos hegemónicos en Baleares, Thomas Cook y Tui Group, con el beneplácito expreso de la Comisión Europea. Estos grupos, por razones de eficacia operativa, solamente se relacionan con un transportista respectivamente (TRANSUNIÓN y ULTRAMAR). Si a estos dos transportistas se les prohíbe subcontratar y se logra el propósito, en Baleares solo habría dos empresas transportistas (TRANSUNIÓN y ULTRAMAR), y que no se harían la competencia por su integración vertical, por lo que la tesis de la CNMC llevaría automáticamente al fin de la competencia en el transporte terrestre de Baleares por la desaparición del 99% de las empresas.

DÉCIMOTERCERO. - Para dar respuesta a las cuestiones suscitadas debemos recordar que, el artículo 4 de la ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia dispone que: "Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley".

Examinaremos, a continuación, como regula la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT), la figura de la subcontratación o colaboración entre empresas en el transporte discrecional de viajeros.

Pues bien, la citada Ley, hasta la reforma operada por Ley de 9/2013, de 4 de julio, disponía en su artículo 97 lo siguiente: ...

DÉCIMOCUARTO. - Recordemos que en la resolución impugnada en este procedimiento se sanciona a la recurrente por una práctica prohibida por el artículo 1 de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia, el artículo 1 de la Ley 16/1989 y del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, constitutiva de una infracción única y continuada muy grave basada en los siguientes acuerdos bilaterales alcanzados entre determinadas empresas de servicios de transporte discrecional de pasajeros en la isla de Mallorca:

- Acuerdo con ULTRAMAR para repartirse el transporte discrecional en las zonas de Bahía de Palma (sur) y Alcudia (norte) de la isla de Mallorca, solicitados por determinados clientes y operadoras de cruceros, desde junio 2008 hasta marzo de 2016, con efectos previstos hasta 2021 y,
- Acuerdo con TRANSUNION para repartirse los servicios de transporte discrecional demandados por determinados clientes en la zona norte y de Son Servera de la isla de Mallorca, desde abril de 2011 hasta mayo de 2013.

„DÉCIMOSEXTO.-Toca comprobar cómo se ajustan los hechos a la calificación de infracción única y continuada del artículo 1 de la LDC por la que ha sido sancionada la actora.

Pues bien, consta acreditado en el expediente administrativo que en verano de 2008 TRANSACOBO y ULTRAMAR suscribieron un acuerdo de colaboración para la temporada 2008, entre junio y octubre de 2008, como se constata en los correos electrónicos intercambiados el 20 de junio de 2008 entre el Director de ULTRAMAR y TRANSACOBO (antes AUTOCARES COMAS), aceptando la propuesta de colaboración realizada por esta última, en cuya virtud, ULTRAMAR realizó todos los servicios de la operadora de cruceros FIRST CHOICE, tanto traslados como excursiones, mientras que TRANSACOBO recibió en compensación los servicios demandados por todos los turoperadores y clientes de ULTRAMAR que excediesen su capacidad en determinadas zonas de la isla de Mallorca, como la zona norte (Alcudia) y la Bahía de Palma, así como determinados porcentajes de los servicios a ella demandados por los clientes de los operadores de cruceros INTERCRUISES y THOMSON. Dicho acuerdo de colaboración entre TRANSACOBO (antes AUTOCARES COMAS) y ULTRAMAR fue objeto de renovación el 1 de abril de 2009 con una vigencia hasta el 10 de noviembre de 2009, y así en los años posteriores hasta 2013, por el mismo periodo temporal de abril a noviembre cada año. Ha quedado también probado que el 21 de marzo de 2016 TRANSACOBO y ULTRAMAR suscribieron un nuevo contrato de colaboración de transporte para las zonas de Bahía de Palma (sur de la isla de Mallorca desde Hotel Delta a Peguera, ambos inclusive), de Alcudia (zona norte de la isla de Mallorca desde Puerto Pollensa hasta Can Picafort, ambos inclusive) y zona sureste de la isla (desde Porto Cristo hasta Cala Mesquida, ambos inclusive), por un periodo de cinco anualidades.



La propia recurrente explica que el contrato de colaboración con ULTRAMAR de 21 de marzo de 2016 de colaboración de transporte para determinadas zonas, por cinco anualidades con una garantía de facturación mínima anual tuvo como finalidad poner fin al proceso judicial entablado con Ultramar, en reclamación de los daños y perjuicios, como consecuencia del incumplimiento por parte de esta de los pactos de exclusividad establecidos en el acuerdo de fecha 14 de mayo de 2009, que se documentan en las actas notariales aportadas con la demanda. Por lo expuesto, en la resolución recurrida se recoge que ha quedado acreditado que, desde junio 2008 hasta marzo de 2016, con efectos previstos hasta 2021, TRANSACOBO y ULTRAMAR adoptaron acuerdos para repartirse determinados servicios de transporte discrecional de viajeros en determinadas zonas de la isla de Mallorca y/o solicitados por determinados clientes y operadoras de cruceros, lo que es contrario al artículo 1 de la LDC.

...

Por lo demás, hemos de convenir con la recurrente en que la infracción que examinamos no puede comprender el contrato suscrito con Ultramar Express el 21 de marzo de 2016 por ser posterior a la fecha de iniciación de expediente sancionador, -26 de agosto de 2015-, con las consecuencias que ello deba proyectar en orden a la sanción que deba imponerse a Transacabo."

DECIMOSÉPTIMO- Dicho lo anterior, analizaremos si los acuerdos suscritos por la recurrente con otras empresas de transportes encuentran cobertura en la LOTT a los efectos del artículo 4 de la LDC.

Pues bien, a la vista del objeto de los citados acuerdos y de sus prorrogas, debemos concluir que no encuentran cobertura en la LOTT a los efectos del artículo 4LDC por las razones que pasamos a exponer.

Los de fecha anterior al 5 de julio de 2013 no recogen de forma clara y terminante que hayan sido suscritos para atender a las demandas de porte que excedieran coyunturalmente de su propia capacidad de transporte. A estos efectos no es suficiente la simple referencia a "los servicios demandados por todos los turooperadores y clientes de ULTRAMAR que excedesen su capacidad en determinadas zonas de la isla de Mallorca", con carácter general y sin una concreta especificación. A lo dicho cabe añadir que los períodos de vigencia previstos en los acuerdos y en sus prórrogas, avalan que no responden a demandas de porte que excedieran coyunturalmente de su propia capacidad de transporte.

Los de fecha posterior no pueden estar amparados por el artículo 76 ni por el 89.2, ambos ya que ambos preceptos, dada su ubicación sistemática en la LOTT aparecen exclusivamente al transporte regular permanente de uso general y de uso especial, respectivamente, pero no a los discretionarios como los que son objeto de los contratos que examinamos.

Por lo demás, nada se recoge en los acuerdos que permita dar por acreditado que las empresas hayan intervenido en la contratación del transporte en funciones de pura intermediación de conformidad con lo dispuesto en la LOTT.

Así las cosas, del contenido de los acuerdos referidos se desprende que tenían por objeto el reparto entre las empresas firmantes de las rutas y clientes, en muchas ocasiones "en exclusiva", mediante la planificación de los servicios a prestar y la reducción de costes, lo que supuso de hecho la eliminación de la competencia en la prestación del servicio de transporte discrecional de turistas y viajeros en excursiones en la Isla de Mallorca, durante largos períodos de tiempo, a veces plurianual y estableciendo una compensación económica por la diferencia de producción entre ellos.

Por todo lo expuesto, nos encontramos ante una práctica prohibida por el artículo 1 de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia, el artículo 1 de la Ley 16/1989 y del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, constitutiva de una muy grave del artículo 62.4. a) de la LDC.

La conclusión que sostienen no resulta desvirtuada por el informe pericial presentado por la recurrente por cuanto se limita a afirmar que "el número de pasajeros transportados con medios subcontratados se concentra en los meses, días de la semana y franjas horarias de mayor demanda", lo que, como ya hemos dicho, no se compadece con los períodos de vigencia pactados en ellos, en los que ninguna referencia aparece a días y franjas horarias concretas.

Tampoco resulta contradicho por el informe emitido la Dirección general de Movilidad y Transportes que se cita en la demanda por cuanto que, por las razones que hemos expuesto, los acuerdos examinados integran una práctica prohibida por el artículo 1 de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia, el artículo 1 de la Ley 16/1989 y del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, constitutivas de una infracción muy grave del artículo 62.4. a) de la LD.



A lo dicho cabe añadir que, como se recoge en la Propuesta de Resolución, consultada por la CNMC la citada Dirección General del Gobierno balear, ha confirmado que no existe normativa balear específica que regule dicho tipo de contrato de colaboración o intermediación del transporte discrecional de viajeros ni antes ni después de 2013 y que dicha Dirección General no ha conocido, aprobado o impulsado ese tipo de contratos de transporte entre empresas en la citada Comunidad Autónoma."

2. Posiciones de las partes

2.1. El recurso del Abogado del Estado:

El Abogado del Estado, en la representación de la CNMC, considera en su interposición:

1º-Que la Sentencia infringe lo dispuesto la infracción que tipifican los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE, por considerar, en síntesis, que no fue incorrecta la definición que del mercado relevante hizo la Resolución sancionadora "y mucho menos aun que resulten aceptables las razones por las que la sentencia estima el recurso cuando se refiere a que el tipo de servicio que se presta en el asunto de autos "por islas" no puede configurar un mercado global en los contornos de ese ente autonómico cuando los servicios y los competidores estan circunscritos al marco territorial de cada Isla. Difícilmente un transportista de la Isla de Mallorca puede competir en el mercado con otro de Menorca o Formentera cuando el aislamiento y circunscripción de cada territorio lo hace imposible; al menos la resolución sancionadora no hace el más mínimo esfuerzo para explicarlo o motivarlo. Las particularidades de la insularidad hacen inviable la competencia entre transportista localizados en islas diferentes.

Desconocemos el motivo por el que la sentencia considera que para un cártel como el sancionado por la CNMC no cabe configurar un mercado global para todo el archipiélago balear; la razón por la que a la hora de considerar el mercado relevante afectado atiende al servicio que se presta y no al servicio que se licita; o la causa por la que afirma que el servicio que se presta en el asunto de autos es "por islas" siendo así que -eso es lo que sosteneremos- en lo que se refiere al cartel del transporte escolar en las islas Baleares, esto es, en lo que tiene que ver con la fijación de servicios mínimos en las rutas escolares para el curso 2004/2005 y el reparto de los lotes (rutas escolares) de las licitaciones convocadas por la Consejería balear de Educación, nada de todo ello es correcto."

Y procede a exponerlo detalladamente.

Por otra parte, añade que "Se estima igualmente -y con ello damos directa y concreta respuesta a la cuestión seleccionada como de interés casacional- que la sentencia infringe el artículo 1 en relación con el artículo 101 TFUE porque considera que -al igual que pueda ocurrir con otras conductas prohibidas- 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 ARTÍCULOS 1 LDC Y 101 DEL TFUE ASÍ COMO EN LA JURISPRUDENCIA APLICABLE LA DEFINICIÓN DE MERCADO GEOGRÁFICO NO ES UN ELEMENTO ESENCIAL DEL TIPO INFRATOR puesto que es perfectamente posible que exista un cartel entre empresas que no operen en el mismo Mercado sino en otros conexos y puesto que una vez probada la existencia del acuerdo anticompetitivo, la definición del mercado resulta irrelevante.

Así lo ha manifestado siempre la CNMC y previamente el TDC y la CNC, remitiéndose a jurisprudencia europea, pues dicha delimitación no es un elemento del tipo de la infracción del artículo 1 de la LDC o del artículo 101 del TFUE cuando se trata de acuerdos que, por su contenido y finalidad, son anticompetitivos por su objeto..."

Y procede igualmente a razonarlo, con apoyo en Jurisprudencia comunitaria y en nuestra Sentencia de 26 de octubre de 2020 (Rec. 4227/2019), en el ámbito del expediente sancionador S/0471/13 CONCESIONARIOS AUDI/SEAT/VW.

También alega que la Sentencia no acierta "RESPECTO LOS CRITERIOS QUE CONFIGURAN LA CONDICIÓN DE COMPETIDOR EN LOS ACUERDOS DEL ART. 1 DE LA LDC Y 101 DEL TFUE .", del modo que expone.

2º- Respecto de la segunda infracción denunciada en su preparación y oposición, referente a la segunda sanción y en que se alegaba infracción de los artículos 50 de la Ley de Defensa de la Competencia y 33 de su Reglamento, y pese a que reconoce que no fue considerada de interés casacional, señala:

"...ya hemos dicho que la sentencia estimó parcialmente el recurso que interpuso TRANSACOBO S.L. respecto de la duración de esta infracción, estableciendo que ésta no puede incluir el citado acuerdo firmado en marzo de 2016, pues el expediente sancionador se había incoado previamente en agosto de 2015.

También se ha reseñado que respecto de esta cuestión al Auto de admisión guarda absoluto silencio puesto que ni se menciona en él. No obstante, si la Sala considerase procedente considerarla, en lo que pudiera ser necesario nos remitimos y damos por reproducido lo alegado en el escrito de preparación del recurso."



-En su oposición a esta casación, la representación procesal de TRANSACOBO SL, además de señalar que había preparado también un recurso de casación que no había sido en tal fecha proveído alega:

1º- Existencia de cosa juzgada respecto a la anulación (con efectos parciales) de la segunda sanción impuesta a Transacobo efectuada en la sentencia recurrida ante la falta de pronunciamiento en el auto de admisión del recurso de casación sobre esa cuestión. (Disposición Final Primera LJCA en relación con los artículos 4, 207 y 222 de la LEC y el artículo 93.1 LJCA).

2º-Respecto de la cuestión que plantea interés casacional objetivo, alega:

"El recurso de casación del Abogado del Estado en primer lugar realiza una crítica de la sentencia recurrida manifestando que no tiene sentido calificar que el mercado afectado sea "por islas" cuando el mercado relevante geográfico descrito y examinado por la resolución de la CNMC ha sido el de toda la Comunidad Autónoma porque en las licitaciones públicas, una vez efectuada la adjudicación, no existe competencia ni mercado y en el momento de presentarse al concurso todas las empresas pueden concurrir y ser competidoras "tengan su sede o no en Baleares y cualquiera que sea la isla en la que tengan, actúen o haya actuado", concluyendo que "ni el aislamiento ni la circunscripción insular imposibilitan competir en todas las licitaciones que puedan convocarse".

Esta manifestación realizada por el Abogado del Estado es errónea porque el hecho insular constituye una barrera de carácter insuperable para que una empresa de transportes radicada en una isla preste servicios de transporte regular de viajeros de uso especial (escolar) en otra. Como afirma la Sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 30 de enero de 2020, asunto C-307/18 , apartado 36, ...

Continúa el Abogado del Estado afirmando que la Resolución de la CNMC objeto de recurso entiende que en el ámbito en el que nos encontramos (licitaciones públicas) no existe mercado y que en todo caso la mayoría de las rutas objeto de concurso se referían a la isla de Mallorca.

Respecto a la primera afirmación, debe advertirse que es la Resolución de la CNMC la que afirma que sí existe mercado y que es de ámbito autonómico:

...

En cuanto a la segunda afirmación efectuada por el Abogado del Estado respecto al número de lotes de rutas licitados por islas, lo que evidencia es que hay tres mercados (las rutas ofertadas en la isla de Mallorca son el 54% del total).

En segundo lugar, el Abogado del Estado alude a que el concepto de mercado afectado puede o no coincidir con el mercado de producto y geográfico y que debe definirse por sus efectos, por ello entiende que el mercado afectado "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". Frente a ello debemos advertir que, como hemos explicado, es la resolución de la CNMC la que ha definido el mercado afectado como el mercado geográfico formado por las cuatro islas Baleares y que en el mercado del transporte regular de uso especial (escolar) las empresas radicadas en cada isla no son competidoras reales ni potenciales con las radicadas en las otras. Además, al abordar la cuestión que presenta interés casacional objetivo, nos referiremos especialmente al mercado afectado por el resultado y la importancia del ámbito geográfico para calificar la conducta como cártel.

A continuación, el Abogado del Estado aborda la cuestión que plantea interés casacional objetivo. La tesis que sostiene es que, conforme a los artículos 1 LDC y 101 del TFUE , la definición del mercado geográfico no es elemento esencial del tipo infractor.

Sin embargo, esta no es la doctrina que resulta de la interpretación que realiza el TJUE y el TGUE.

La doctrina del TJEU y del TGUE se encuentra recogida en la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Quinta) de 11 de diciembre de 2003, asunto T-61/99 , Adriática di Navigazione SpA ...

Esta doctrina ha sido reiterada por el TGUE, con cita de la jurisprudencia del TJUE. A tal efecto, la sentencia del Tribunal General (Sala Segunda ampliada), de 10 de noviembre de 2017, el asunto T-180/15, Icap plc y otros contra la Comisión Europea , dijo:

...

De acuerdo con esta jurisprudencia y aplicándola a nuestro caso podemos concluir: la delimitación exacta del mercado relevante y, más concretamente del mercado geográfico, es un elemento del tipo infractor previsto 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 , en las infracciones complejas, colectivas e ininterrumpidas, como son con frecuencia los cárteles, determinante para valorar la antijuricididad de la conducta infractora.

A continuación, daremos respuesta al resto de alegaciones efectuadas por el Abogado del Estado:

(i) Dice el Abogado del Estado que el mercado afectado no es un elemento imprescindible del tipo en los supuestos del artículo 1 de la LDC (y del artículo 101 del TFUE): señala que para apreciar si se integra el tipo de infracción de esos artículos lo importante es determinar si existe un acuerdo entre competidores.

Esa afirmación categórica resulta errónea y contradictoria porque, a efectos de apreciar infracción del artículo 1 LDC, lo decisivo es determinar si se está en presencia de empresas competidoras que acuerdan no competir. Pero precisamente a ese fin sirve la definición del mercado relevante: para determinar si dos empresas son competidoras entre sí (si forman parte del mismo mercado, en suma).

Por otra parte, la jurisprudencia citada por el Abogado del Estado no permite sostener una imputación de un cártel de licitaciones en todo el archipiélago balear:

....

(ii) Afirma el Abogado del Estado que, aunque la definición del mercado geográfico afectado expuesta en la resolución de la CNMC fuera incorrecta y la misma debiera limitarse a cada isla, aun así, no debería ser anulada porque lo importante es el acuerdo y la voluntad que se persigue: frente a ello, debemos indicar, como hemos explicado, que la definición del mercado es elemento imprescindible para determinar la responsabilidad de una empresa en la comisión de la infracción.

(iii) Concluye el Abogado del Estado afirmando que la sentencia de la Audiencia Nacional aplica de manera incorrecta la normativa y la jurisprudencia sobre la importancia del mercado en acuerdos del artículo 1 de la LDC y 101 TFUE.

Es cierto que las sentencias que cita el Abogado del Estado se refieren a situaciones de abuso de posición de dominio y de control de concentraciones. Sin embargo, eso no implica que la definición de mercado de geográfico o la necesidad de determinar el mercado de referencia no resulten aplicables para interpretar el artículo 101 del TFUE.

Ello queda corroborado por la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (Diario Oficial nº C 372 de 09/12/1997 p. 0005-0013) que expresamente afirma que resulta aplicable tanto al artículo 85 del TCE (posterior artículo 81 TCE y artículo 101 TFUE) como al 86 del TCE (posterior artículo 82 TCE y artículo 102 del TFUE). En su apartado 8 dice:

...

Olvida el Abogado del Estado la cita que la sentencia de la Audiencia Nacional recurrida realiza de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Quinta) de 11 de diciembre de 2003, asunto T-61/99, Adriática di Navigazione SpA ...

Por último, el Abogado del Estado afirma que la sentencia recurrida tampoco acierta respecto a los criterios que configuran la condición de competidor en los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE.

El Abogado del Estado afirma que, aunque las empresas de las distintas islas no fueran competidores reales, al menos deben considerarse competidores potenciales; de lo cual deduce que sí podían restringir la competencia en todo el archipiélago, aun cuando su radio de actividad se limitara a cada isla.

Choca esa afirmación con el criterio establecido en las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (DOUE 14/101/2011, C 11/1) que en su apartado 10 dicen:

...

Esta parte admite que un competidor potencial (es decir, un operador que no está presente en un mercado, pero teóricamente podría entrar en él en respuesta a un aumento de los precios) puede restringir la competencia cuando acuerda con otras empresas no entrar en dicho mercado. Sin embargo, para sostener que Transacobo, activa únicamente en Mallorca, es competidora potencial de las empresas ubicadas en otras islas, la CNMC debería haber acreditado que Transacobo tenía incentivos (es decir, que existía un precio suficientemente atractivo) y capacidad (es decir, la posibilidad de realizar las inversiones necesarias, por ejemplo, en bases y/o autobuses) para operar en esas otras islas; cosa que no ha hecho, ni en el procedimiento administrativo, ni ahora, cuando suscita este argumento por primera vez.

De lo dicho hasta ahora se deduce que, al no tener en cuenta si Transacobo era o no un competidor potencial (como exige el artículo 62.4 LDC)3 -cosa que la CNMC no alegó en la instancia-, la sentencia de la Audiencia Nacional no incurre en la infracción del artículo 1 LDC invocada por la Abogacía del Estado."



Por lo que concluye:

"Cuarta. -La sentencia recurrida no vulnera los artículos 1 LDC y 101 TFUE.

La consecuencia de la aplicación de la doctrina que entendemos debe fijarse sobre la cuestión que plantea interés casacional, lleva a la conclusión de que el recurso de casación debe ser desestimado, dado que la resolución de la CNMC definió de manera errónea el mercado afectado y entendió que existió una situación de cartel entre competidores que no tenían tal carácter desde el punto de vista real ni potencial por lo que no existió un reparto del mercado afectado. Ello resulta así tomando en consideración la actividad de que se trata (el transporte regular de uso especial escolar) y la insularidad de los territorios en los que se desarrolla la misma."

2.2. El recurso de casación de TRANSACOBO S L:

En su interposición, TRANSACOBO SL considera infringido el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), interpretado a la luz del Derecho comunitario y los arts. 9.3 y 25.1 CE, señalando que la cuestión ya ha sido resuelta:

"Debe esta parte advertir que cuando el auto de la Sección 1^a de la Sala Tercera afirma que la cuestión que se plantea en el presente recurso es "similar" a la planteada en el RCA 5968/2022, realmente la cuestión que presenta interés casacional es idéntica en ambos recursos y, además, recae sobre misma base fáctica porque las sanciones que impuso la CNMC en los dos casos se refieren a los mismos contratos, en este caso, suscritos por Ultramar y Transacobo.

En el RCA 5968/2022 se examinaba la conducta de Ultramar y en el presente la de Transacobo, partes de los mismos contratos. Además, la Resolución de la CNMC recurrida considera que todos los contratos de subcontratación suscritos por Ultramar y Transunión con otras empresas de transporte forman parte de la misma "infracción única y continuada" (página 140) y utiliza como criterio para determinar la sanción "la participación de cada empresa en los mercados afectados durante la infracción" (página 142).

También debemos advertir que la Sección 3^a de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha dictado la sentencia núm. 10/2024, de fecha 8/01/2024, rec. casación núm. 5968/2022, Roj: STS 46/2024 - ECLI:ES:TS:2024:46, por la que ha estimado el recurso de casación promovido por Ultramar y ha anulado la sanción que le impuso la CNMC por la infracción referida a los acuerdos de subcontratación de servicios de transporte de viajeros, celebrados, entre otros, con Transacobo....

Esta parte considera que, por razones de unidad de doctrina e igualdad en la aplicación de la ley, el presente recurso de casación debe ser estimado dado que se plantea la misma cuestión jurídica (y sobre la misma base fáctica) que en el caso resuelto en la sentencia núm. 10/2024, de fecha 8/01/2024, rec. casación núm. 5968/2022."

Si bien, subsidiariamente lo desarrolla, destacando, en lo que nos interesa, que *"Como explicamos en el escrito de demanda, ULTRAMAR es la empresa de transportes del grupo TUI, tour operador cuyo negocio principal consiste en la comercialización de paquetes de viajes, que incluyen los servicios de transporte en autobús entre el hotel y el puerto/aeropuerto y para excursiones, siendo perfectamente legal que ese grupo tenga como único interlocutor para sus necesidades de transporte a sus empresas filiales y que éstas subcontraten para sus excedentes a otras empresas, en este caso, con Transacobo. En el caso de Transunión, la circunstancia es semejante dado que Thomas Cook Northern Europe y la Agencia Viajes Formentor eran sus clientes. Tanto Ultramar como Transunión no compiten por los viajeros en el mercado: su actividad se centra casi exclusivamente en prestar servicios a los viajeros de su propio grupo empresarial o de sus clientes, bien con medios propios o, teniendo en cuenta los volúmenes y la estacionalidad del turismo, mediante la subcontratación de los servicios de otros transportistas."*

-En su oposición al recurso de TRANSACOBO S L, el Abogado del Estado alega:

"Esta representación considera que la razón de decidir de la sentencia de instancia contiene una interpretación adecuada de los preceptos comprometidos, y que hemos sostenido en el proceso de forma coincidente con la resolución administrativa.

Sin embargo, no puede desconocerse que en el recurso de casación 5968/2022 se ha dictado con posteridad STS de 8 de enero de 2024, en la que en respuesta a la cuestión de interés casacional declara que "la Ley de ordenación del Transporte por carretera, y los requisitos que ésta establece para la subcontratación de servicios, no es un canon de interpretación que condicione si una conducta pueda o no ser sancionada por defensa de la competencia.", y añade que "Un acuerdo por el cual una empresa subcontrata con otras la prestación de un servicio a sus propios clientes no es constitutivo de infracción por objeto del artículo 1 de la LDC, siendo irrelevante a efectos de esa apreciación que dicha subcontratación responda o no a una necesidad puntual o coyuntural de la empresa subcontratante."



Y su fundamentación se basa en las siguientes consideraciones:

Por tanto, resulta esencial para la resolución de este recurso de casación que para aplicar idéntica doctrina jurisprudencial se consideren acreditadas igualmente en el presente idénticas circunstancias de hecho que las consideradas por la STS citada, más allá de la transposición automática de la misma."

...

SEGUNDO- Marco normativo aplicable

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

A) El Derecho de la Unión Europea.

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

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

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

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

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

- cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,
- cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas
- cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:
 - a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;
 - b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.»

B) El Derecho Estatal

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

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

- a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.
- b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.
- c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.
- d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas.

b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y

c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

4. La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, o recomendaciones colectivas, o prácticas concertadas o conscientemente paralelas que cumplan las disposiciones establecidas en los Reglamentos Comunitarios relativos a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresa y prácticas concertadas, incluso cuando las correspondientes conductas no puedan afectar al comercio entre los Estados miembros de la UE.

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

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

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

C) La jurisprudencia del Tribunal 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.- La decisión de la Sala sobre la primera cuestión de interés casacional: Mercado geográfico y cártel de transporte escolar.

Con carácter previo, recordemos que los hechos que subsumió el órgano sancionador en el artículo 1º de la LDC y 1º del TFUE afectaron al servicio de transporte de viajeros por carretera en autobús en las Islas Baleares en varios de sus segmentos, en concreto y en lo que aquí interesa, al servicio de transporte público regular de uso especial de escolares prestado a centros públicos, sujeto a licitación para el curso escolar 2004/2005 a través de un procedimiento negociado sin publicidad y mediante licitaciones públicas convocadas por concursos de los años 2005 y 2013 en la Comunidad Autónoma Balear.

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

La sentencia de la Audiencia Nacional objeto del presente recurso de casación anuló la sanción impuesta porque consideró que el hecho de que las empresas operen en mercados geográficos distintos elimina toda posibilidad de que sean o puedan ser consideradas competidoras, y por tanto autoras de una infracción de



cártel. Expresó que las particularidades de la insularidad hacen inviable la competencia entre transportista localizados en islas diferentes y, en consecuencia, no existe un mercado en el que compitan las empresas sancionadas. Con este criterio, la sentencia recurrida identifica el mercado relevante con cada una de las islas del archipiélago, y anuló la resolución de la CNMC por la defectuosa definición del mercado geográfico en que se proyecta el cártel.

Como hemos indicado, no compartimos estos razonamientos, por lo que seguidamente se expondrá:

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 práctica restrictiva de la competencia constitutiva de cártel, por las siguientes consideraciones jurídicas:

En primer término, cabe referir que no podemos eludir que, entre las modalidades de infracción que establecen los preceptos legales que hemos transcritos 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 preliminar, 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:

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 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 ataña 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 Grootshandel 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 (asunto 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 TRANSACOBO S.L. en la infracción única y continuada constitutiva del cártel del transporte escolar en las Illes Balears, 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 intranscendente 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. - La decisión de la Sala sobre la segunda cuestión de interés casacional: Sobre la subcontratación de transporte discrecional y su inclusión como infracción del art. 1 LDC .

La empresa TRANSACOBO S L cuestiona la sentencia impugnada en cuanto confirmó (a salvo la estimación parcial referida al recálculo de la sanción conforme al periodo señalado por la Sentencia) la infracción referida a los acuerdos de subcontratación de servicios de transporte de viajeros.

El Auto de admisión, en relación esta cuestión, considera que presenta interés casacional determinar si es posible subsumir en el tipo de infracción del artículo 1 LDC la subcontratación de servicios de transporte discrecional de viajeros que no responda a necesidades puntuales.

A esta cuestión se le dio respuesta en nuestra Sentencia de 8 de enero de 2024, recurso 5968/2022, interpuesto precisamente el otro interveniente en uno de los acuerdos que propiciaron la segunda sanción a TRANSACOBO S L, Ultramar Express Transport, S.A.; lo que nos lleva, en aras de la aplicación del principio de igualdad en la tutela judicial efectiva, a reproducir lo allí expuesto.

Decíamos allí:

"Tiene razón dicha entidad cuando afirma que la LOTT no es un canon de interpretación para que una conducta pueda o no ser sancionada por defensa de la competencia. La subcontratación de un servicio podrá o no ser contraria a las previsiones de la Ley de Ordenación del Transporte, pero la supuesta infracción de dicha normativa no determina per se una actuación contraria a la competencia.

En el supuesto que nos ocupa, la empresa Ultramar, dedicada al transporte turístico, forma parte de una empresa mayoritaria de turismo (TUI) que comercializa viajes organizados entre los que se incluye el transporte de los turistas (excursiones, transporte desde el aeropuerto etc.). Al margen de que, según se afirma en el informe pericial, la gran mayoría de los clientes de Ultramar pertenecen al grupo TUI, debe añadirse que el resto son clientes propios, por lo que los contratos de cesión o subcontratación de los servicios se produce respecto de una clientela ya captada.

Esta circunstancia determina que los acuerdos bilaterales con otras empresas no tienen por objeto repartirse un mercado para captar nueva clientela sino prestar un servicio a los que ya tiene la consideración de clientes de la empresa y, ello excluye la existencia de una conducta colusoria, con total independencia de si la subcontratación está o no permitida, y en qué circunstancias, en la normativa de transporte.

La Comunicación de la Comisión Europea de 18 de diciembre de 1978, referente a la consideración de los subcontratos respecto a las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea [hoy artículo 101 TFUE], aún vigente, declaraba expresamente: «La Comisión considera que a aquellos contratos, consecuencia o no de pedidos de terceros, en virtud de los cuales una empresa, el 'ordenante', encarga a otra, el 'subcontratista', según las directrices de aquélla, la fabricación de productos, la prestación de servicios o la ejecución de trabajos destinados a ser entregados al ordenante o cumplimentados por cuenta de éste, no les afecta, como tales, la prohibición establecida por el apartado 1 del artículo 85».

Por ello, no se aprecia la existencia de la infracción del art. 1 de la LDC y debe anularse la sanción impuesta a la empresa "Ultramar Express Transport" por tal motivo, sanción que supone una multa de 3.170.820 €.

Trasladando estos argumentos al caso que nos ocupa, recordemos que en la resolución objeto del proceso, la segunda sanción impuesta a TRANSACOBO S L y a la que se refiere su recurso de casación, se ha impuesto a la recurrente por una práctica prohibida por el artículo 1 de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia, el artículo 1 de la Ley 16/1989 y del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, constitutiva de una infracción única y continuada muy grave basada en dos acuerdos bilaterales alcanzados entre determinadas empresas de servicios de transporte discrecional de pasajeros en la isla de Mallorca:



- Acuerdo con ULTRAMAR para repartirse el transporte discrecional en las zonas de Bahía de Palma (sur) y Alcudia (norte) de la isla de Mallorca, solicitados por determinados clientes y operadoras de cruceros, desde junio 2008 hasta marzo de 2016, con efectos previstos hasta 2021 y,
- Acuerdo con TRANSUNION para repartirse los servicios de transporte discrecional demandados por determinados clientes en la zona norte y de Son Servera de la isla de Mallorca, desde abril de 2011 hasta mayo de 2013.

Respecto de cuya sanción la Sala de instancia ha procedido a una estimación parcial, anulando la sanción con retroacción de actuaciones para su recálculo, ya que considera que dicha infracción no puede comprender el contrato suscrito con Ultramar Express el 21 de marzo de 2016, por ser posterior a la fecha de iniciación de expediente sancionador, el 26 de agosto de 2015.

Pues bien, no solo hemos de reiterar los argumentos y doctrina expuestos en tal Sentencia de 8 de enero de 2024, recurso 5968/2022, sino que, por aplicación del principio de igualdad en la tutela judicial efectiva, y dado que en la precitada Sentencia se anuló la sanción impuesta a ULTRAMAR por la misma conducta (su acuerdo bilateral con TRANSCOBO SL), debemos considerar igualmente no sancionable como práctica prohibida por el artículo 1 de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia, el artículo 1 de la Ley 16/1989 y el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, el Acuerdo de TRANSCOBO SL con ULTRAMAR referido al transporte discrecional en las zonas de Bahía de Palma (sur) y Alcudia (norte) de la isla de Mallorca, solicitados por determinados clientes y operadoras de cruceros, desde junio 2008 hasta marzo de 2016, con efectos previstos hasta 2021.

Respecto del acuerdo de TRANSCOBO SL con TRANSUNION respecto de los servicios de transporte discrecional demandados por determinados clientes en la zona norte y de Son Servera de la isla de Mallorca, desde abril de 2011 hasta mayo de 2013, nos dice el Abogado del Estado al oponerse al recurso de TRANSCOBO SL que, para aplicar idéntica doctrina, deben concurrir los mismos supuestos de hecho.

Y ello es así por cuanto nuestra Sentencia precedente, y la doctrina en ella fijada, se limitan a declarar que *"la Ley de ordenación del Transporte por carretera, y los requisitos que ésta establece para la subcontratación de servicios, no es un canon de interpretación que condicione si una conducta pueda o no ser sancionada por defensa de la competencia."* y que *"Un acuerdo por el cual una empresa subcontrata con otras la prestación de un servicio a sus propios clientes no es constitutivo de infracción por objeto del artículo 1 de la LDC , siendo irrelevante a efectos de esa apreciación que dicha subcontratación responda o no a una necesidad puntual o coyuntural de la empresa subcontratante."* Siendo, pues, determinante que se trate de una empresa que subcontrate con otras la prestación de un servicio a sus propios clientes; pues solo entonces será de aplicación nuestro razonamiento, ya expuesto, de que *"los contratos de cesión o subcontratación de los servicios se produce respecto de una clientela ya captada."* Y que *"Esta circunstancia determina que los acuerdos bilaterales con otras empresas no tienen por objeto repartirse un mercado para captar nueva clientela sino prestar un servicio a los que ya tiene la consideración de clientes de la empresa y, ello excluye la existencia de una conducta colusoria, con total independencia de si la subcontratación está o no permitida, y en qué circunstancias, en la normativa de transporte."*

Pues bien, ni la interposición de TRANSCOBO SL ni, como hemos visto, la oposición del Abogado del Estado, nos aportan información clara y concreta sobre estas circunstancias en lo referente a los acuerdos con TRANSUNION, más allá de que la interposición considera obvia la existencia de un paralelismo con la situación de los pactos con Ultramar; y de que la oposición se oponga genéricamente a dicha identidad de situaciones. Asimismo, en la Sentencia y en los propios autos, incluidas las alegaciones de las partes, hay mucha menor información sobre las circunstancias de TRANSUNION que la existente respecto de ULTRAMAR.

Pero, pese a ello, consideramos que ambas situaciones (los pactos de TRANSCOBO con ULTRAMAR, y de TRANSCOBO con TRANSUNION) son asimilables, por las razones que se exponen seguidamente:

-La resolución de la CNMC (que incurre incluso en el error de señalar, en sus páginas 93 y 94, que TRANSCOBO cedía a TRASUNION a través de tales acuerdos servicios de transporte discrecional de la Agencia Thomas Cook Europe, cuando se trata de lo contrario), agrupa ambas conductas como constitutivas de infracción y fundamentadoras de la sanción, al referirse en la declaración de responsabilidad, como recoge la Sentencia de instancia, a *"34. TRANSCOBO, S.L... Además, por el acuerdo con ULTRAMAR para repartirse el transporte discrecional en las zonas de Bahía de Palma (sur) y Alcudia (norte) de la isla de Mallorca, solicitados por determinados clientes y operadoras de cruceros, desde junio 2008 hasta marzo de 2016, con efectos previstos hasta 2021 y por el acuerdo con TRANSUNION para repartirse los servicios de transporte discrecional demandados por determinados clientes en la zona norte y de Son Servera de la isla de Mallorca, desde abril de 2011 hasta mayo de 2013."*



-Y, de forma previa, de dicha Resolución también pueden extraerse los paralelismos entre las situaciones de ambas empresas (ULTRAMAR, sobre la que resolvió nuestra Sentencia de 8-1-24, rec. 5968/2022, y TRANSUNIÓN) como recoge el Fundamento tercero de la Sentencia:

"Además, se afirma que, más allá de la información aportada por el solicitante de clemencia, la información recabada en las inspecciones y las contestaciones a los requerimientos realizados al CTM y a las Consejerías de Educación, Cultura y Universidades, y de Territorio, Energía y Movilidad Balear, han permitido tener conocimiento, de las siguientes actuaciones de las Empresas sancionadas:

... Contratos bilaterales entre las principales empresas de transporte discrecional en Mallorca con el fin de repartirse el mercado del transporte discrecional de viajeros en dicha isla (de ULTRAMAR con AUTOCARES LEVANTE, AUTOCARES PUJOL PALMER, ROIG BUS y TRANSACOBO, y de TRANSUNIÓN también con AUTOCARES PUJOL PALMER, ROIG BUS, TRANSACOBO, AUTOCARES PUERTO POLLENSA y a través de VIAJES SAN FRANCISCO, con ULTRAMAR), en función de la zona de la isla o el cliente demandante del servicio, desde al menos febrero de 2007, estando varios de dichos contratos aún vigentes en 2016."

-Por otra parte, las alegaciones de la demanda se refieren a las situaciones de ambas empresas (ULTRAMAR y TRANSUNIÓN), igualmente como asimilables a estos efectos. Se recoge así en la Sentencia (Fundamento duodécimo)

"Argumenta que actualmente, el proceso de concentración en el mercado turístico se está dando sobre todo en los turoperadores internacionales, existiendo dos hegemónicos en Baleares, Thomas Cook y Tui Group, con el beneplácito expreso de la Comisión Europea. Estos grupos, por razones de eficacia operativa, solamente se relacionan con un transportista respectivamente (TRANSUNIÓN y ULTRAMAR). Si Baleares solo habría dos empresas transportistas (TRANSUNIÓN y ULTRAMAR), y que no se harían la competencia por su integración vertical, por lo que la tesis de la CNMC llevaría automáticamente al fin de la competencia en el transporte terrestre de Baleares por la desaparición del 99% de las empresas."

Todo ello nos lleva a la convicción, ante la falta de identificación por parte del representante de la CNMC de diferencias esenciales entre los acuerdos de TRANSCOBO SL con ULTRAMAR y con TRANSUNIÓN, a considerar que, en este último caso, también se trataba de cesión o subcontratación de servicios respecto de una clientela ya captada; y, por tanto, y por las mismas razones ya citadas de la Sentencia de 8 de enero de 2024, recurso 5968/2022, no se aprecia la existencia de la infracción del art. 1 de la LDC tampoco en los acuerdos entre TRANSCOBO SL y TRANSUNIÓN; con la consecuencia de que debe anularse esta segunda sanción impuesta a la empresa TRANSCOBO SL en su totalidad.

Esta decisión nos veda entrar en el conocimiento de la segunda infracción alegada en el recurso de casación del Abogado del Estado, y referida a la pretendida vulneración de los artículos 50 de la Ley de Defensa de la Competencia y 33 de su Reglamento por la estimación parcial realizada por la Sentencia de instancia respecto de esta segunda sanción (en que ordenaba su recálculo teniendo en cuenta un periodo menor, al excluir hechos posteriores al acuerdo de incoación), al haber perdido objeto.

En todo caso, se erige también como obstáculo procesal a su conocimiento la finalidad nomofiláctica del recurso de casación, que nos obliga a resolver la cuestión o cuestiones declaradas de interés casacional en el Auto de admisión; de modo que, como ha señalado, entre otras, la STS de 10-9-2020, RCA 1096/2019, solo cabe analizar otras cuestiones, no mencionadas en dicho Auto, de forma excepcional, circunscrita a supuestos en que *"por razones objetivas, para dilucidar dicha cuestión de interés casacional, o subjetivas, para la satisfacción del interés subjetivo de la parte vinculado a la cuestión casacional objetiva, sea necesario, por constituir presupuesto obligado, o consecuencia derivada"* siempre que tales cuestiones *"posean la referida dependencia respecto de la cuestión identificada en el auto de admisión"*; rechazando, sin embargo, examinar cuestiones que: *"ni fueron seleccionadas en el auto de admisión, ni guardan, ni siquiera se intenta establecer dicha conexión, relación alguna con la cuestión de interés casacional, no siendo necesaria su resolución para resolver la cuestión con interés casacional fijada en el auto de admisión, ni su resolución es la consecuencia subsiguiente a la resolución de la cuestión identificada de interés casacional"*. Siendo que, en este caso, la cuestión atinente a si es posible introducir hechos nuevos tras el acuerdo iniciador de un procedimiento sancionador de la CNMC, siendo puramente procedural, no guarda relación alguna con la cuestión sustantiva referida a la consideración o no como práctica prohibida restrictiva de la competencia de los acuerdos bilaterales de subcontratación de transporte de carácter no coyuntural, que constituía la cuestión de interés casacional.

QUINTO. 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, en interpretación del artículo 1º de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 1º del Tratado de Funcionamiento de la Unión europea, reitera su doctrina, según la cual:

1º. Respecto de la primera cuestión de interés casacional, 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 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, 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.

2º- Y por lo que respecta a la segunda cuestión planteada, consistente en determinar si es posible subsumir en el tipo de infracción del artículo 1 LDC la subcontratación de servicios de transporte discrecional de viajeros que no responda a necesidades puntuales:

Consideramos que la Ley de ordenación del Transporte por carretera, y los requisitos que ésta establece para la subcontratación de servicios, no es un canon de interpretación que condicione si una conducta pueda o no ser sancionada por defensa de la competencia.

Un acuerdo por el cual una empresa subcontrata con otras la prestación de un servicio a sus propios clientes no es constitutivo de infracción por objeto del artículo 1 de la LDC, siendo irrelevante a efectos de esa apreciación que dicha subcontratación responda o no a una necesidad puntual o coyuntural de la empresa subcontratante.

SEXTO. - Estimación del recurso de casación

Como consecuencia de lo expuesto en nuestros Fundamentos TERCERO Y CUARTO, y aplicando la doctrina expuesta en el Fundamento QUINTO procede:

1º Respecto del recurso del Abogado del Estado, ha de tenerse en cuenta que 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 conciernen 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.

Por ello, procede estimar el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado casando y anulando la sentencia recurrida por lo que respecta a la anulación de la sanción impuesta a TRANSCOBO S L por importe de 582.459 € por su participación en una infracción única y continuada constitutiva del cártel del transporte escolar en las Islas Baleares.

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, se acuerda devolver las actuaciones a la Sala de la Audiencia Nacional para que resuelva la cuestión sobre el mercado geográfico de conformidad con los términos expuestos y se pronuncie sobre el resto de las cuestiones planteadas que no fueron examinadas en la instancia respecto de esta infracción.

2º Por los motivos expuestos en nuestro Fundamento CUARTO, procede igualmente estimar el recurso de casación interpuesto por TRANSCOBO S L, casando y anulando la sentencia recurrida por lo que respecta a la confirmación de la sanción impuesta a dicha entidad por importe de 477.616 € por su participación en la conducta infractora consistente en los acuerdos bilaterales de reparto de los servicios de transporte discrecional de viajeros demandados por determinados clientes en determinadas zonas de la isla de Mallorca de diversa duración.

Y, respecto de esta segunda sanción, y actuando como Tribunal de instancia, estimamos el recurso contencioso-administrativo por los motivos expuestos en nuestro Fundamento CUARTO.

SÉPTIMO. - 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.

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido una vez fijada en el Fundamento jurídico QUINTO de esta sentencia la doctrina jurisprudencial relativa a la interpretación del artículo 1º de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 1º del Tratado de Funcionamiento de la Unión europea, este Tribunal:

Primero.-Acuerda **estimar los recursos de casación** interpuestos por el Abogado del Estado, en representación y defensa de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, y por **TRANSACOBO SL**, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 5 de mayo de 2022 (rec. 340/2017); que casamos.

Segundo.Y en consecuencia, acuerda:

1º- Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **TRANSACOBO SL** contra la resolución de 9 de marzo de 2017 de la Sala de la Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) recaída en el expediente S/DC/0512/14, Transporte Balear de Viajeros, por lo que respecta a la sanción impuesta a dicha entidad por importe de 477.616 € por su participación en la conducta infractora consistente en los acuerdos bilaterales de reparto de los servicios de transporte discrecional de viajeros, que se anula.

2º- Retrotraer las actuaciones al momento anterior al dictado de la sentencia por la Sala de lo Contencioso Administrado de la Audiencia Nacional, por lo que respecta a la anulación de la sanción impuesta a **TRANSACOBO S L** por importe de 582.459 € por su participación en una infracción única y continuada constitutiva del cártel del transporte escolar en las Islas Baleares, para que resuelva la cuestión sobre el mercado geográfico de conformidad con los términos expuestos en la fundamentación jurídica de esta sentencia y se pronuncie sobre el resto de las cuestiones planteadas que no fueron examinadas en la instancia respecto de esta infracción.

Tercero.No imponer las costas de casación a ninguna de las partes.

Contra esta Sentencia no cabe recurso alguno.

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

Así se acuerda y firma.