



Roj: **STS 1011/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1011**

Id Cendoj: **28079130032021100047**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **15/03/2021**

Nº de Recurso: **3405/2020**

Nº de Resolución: **356/2021**

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

Ponente: **EDUARDO CALVO ROJAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 11969/2019,**  
**ATS 9673/2020,**  
**STS 1011/2021**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Tercera**

**Sentencia núm. 356/2021**

Fecha de sentencia: 15/03/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 3405/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 09/03/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Procedencia: T.S.J.CATALUÑA CON/AD SEC.5

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

Transcrito por: dvs

Nota:

R. CASACION núm.: 3405/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Tercera**

**Sentencia núm. 356/2021**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat



D. Eduardo Calvo Rojas

D<sup>a</sup>. María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

D. Fernando Román García

En Madrid, a 15 de marzo de 2021.

Esta Sala ha visto los recursos de casación, registrados bajo el nº 3405/2020, interpuestos por la AUTORIDAD CATALANA DE LA COMPETENCIA, representada y asistida por el Letrado de la Generalitat de Cataluña, y por la entidad CENTRE DE REHABILITACIO I LENGUATGE, S.L., representada por el Procurador D. Ludovico Moreno Martín, contra la sentencia nº 812/2019, de 15 de octubre, de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictada en el recurso contencioso-administrativo 173/2016. Se ha personado como parte recurrida la entidad EIVAX, S.A., representada por el Procurador D. Felipe Juanas Blanco.

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

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La Autoridad Catalana de la Competencia dictó resolución con fecha 9 de febrero de 2016 (expediente nº 57/2014, Fisiogestión), en cuya parte dispositiva se establece:

<< Primero. Acordar, de conformidad con el apartado a) del artículo 10.2 de la Ley 1/2009, de 12 de febrero, de la Autoridad Catalana de la Competencia (LACCO) y el apartado a) del artículo 53.1 de la LDC, declarar la comisión por parte de Fisioteràpia, SA, Centre d'Accidents Laborals i Rehabilitació Gramenet, SL, Centre de Rehabilitació L'Eivax, SA e Iriteb SA, de una conducta constitutiva de una infracción del artículo 1.1. c) de la LDC por haber llevado a cabo una práctica concertada consistente en el reparto del mercado en el ámbito de la licitación de los lotes 23, 24, 25 y 26 de la contratación pública de la prestación de servicios de rehabilitación física y logopedia en la modalidad ambulatoria y domiciliaria del Servicio Catalán de la Salud para el 2012 (RH/12).

Segundo. Acordar, de conformidad con el apartado a) del artículo 10.2 de la LACCO y el apartado a) del artículo 53.2 de la LDC, intimar las empresas infractoras a abstenerse, de ahora en adelante, de realizar conductas similares.

Tercero. Acordar, de conformidad con el apartado a) del artículo 10.2 de la LACCO y el apartado d) del artículo 53.2 de la LDC, imponer una multa por la comisión de las infracciones especificadas en el apartado primero de 600.000 € a Fisioteràpia, SA, de 30.000 € al Centre d'Accidents Laborals i Rehabilitació Gramenet, SL, de 80.000 € a Centre de Rehabilitació L'Eivax SA y de 240.000 € a Iriteb, SA.

Cuarto. Acordar comunicar esta resolución del expediente 57/2014, Fisiogestión, a la DG y que se notifique a las partes interesadas, haciéndoles saber que, de acuerdo con los artículos 3.1 de la LACCO y 48.1 de la LDC, no se puede presentar en contra ningún recurso por la vía administrativa y que sólo se puede interponer un recurso contencioso administrativo, de conformidad con la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa>>.

Contra la referida resolución sancionadora interpuso la entidad Eivax, S.A. recurso contencioso-administrativo que fue resuelto por sentencia nº 812/2019, de 15 de octubre, de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (recurso contencioso-administrativo 173/2016). El fallo de dicha sentencia, ahora recurrida en casación, es el que sigue:

<< Primero.- Estimar el recurso interpuesto por L'Eivax, SA contra la resolución del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia de fecha 9 de febrero de 2016, anulando la resolución impugnada.

Segundo.- Imponer las costas procesales a la Administración demandada, costas que no superarán la cantidad de 1.000 euros>>.

Las otras empresas sancionadas -Fisioterapia, S.A., Centre d'Accidents Laborals i Rehabilitació Gramenet, S.L. e Iriteb S.A.- también interpusieron recursos que fueron igualmente resueltos por otras tantas sentencias de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que también han sido recurridas en casación (recursos de casación 1363/2020, 2040/2020 y 3333/2020).



**SEGUNDO.-** Para sustentar la estimación del recurso la sentencia aquí recurrida reproduce en su F.J. 2º lo razonado en sentencia de la propia Sala del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 de octubre de 2019 (recurso contencioso-administrativo 108/2016). De esa fundamentación, que la sentencia recurrida reproduce, destacamos el siguiente fragmento:

<< (...) TERCERO.- En cuanto a la infracción imputada, la recurrente alega que la unión temporal de empresas es una forma lícita y específicamente admitida en este concurso, que su duración se limita a este concreto contrato de un año de duración inicial, y no se puede deducir de su constitución una vulneración de la libre competencia pues ni la UTE tenía posibilidad de restringir la competencia por parte de terceros, ni podría conocer qué licitadores se presentarían, ni su oferta.

La recurrente opone asimismo la falta de pruebas de la infracción imputada. Al contrario, remarca que no hubo contactos ni ningún acuerdo entre las empresas sancionadas para repartir el mercado, ni la ACCO elaboró ningún estudio sobre las características del servicio o las empresas potencialmente competidoras, ni tampoco analizó la influencia de la presunta actuación anticompetitiva sobre el mercado, de forma que la conclusión a la que llega este órgano es gratuita y basada en meras hipótesis.

También alega que el descuento del 7% que la UTE ofreció en este concurso era superior al que se había ofrecido en los lotes del concurso de 2006, que osciló entre el 2,97 % y el 3,055 %, y es igual a la de los adjudicatarios de otros lotes que no han sido investigados; como también hay otros lotes con menos licitadores, incluso desiertos; y, asimismo, otras UTEs licitadoras que han incrementado sus miembros respecto el concurso anterior.

Finalmente, la recurrente argumenta que el concurso del año 2012 se resolvió en un contexto de crisis económica y restricción de gasto, lo que llevó a los licitadores a estudiar formas asociativas para presentar ofertas competitivas garantizando las prestaciones y cumplir las nuevas condiciones técnicas, lo que suponía a la vez un beneficio para el servicio contratado. Se precisa que la concurrencia a la licitación exigía la realización de inversiones en instalaciones y personal, pues se requería la disponibilidad de espacios físicos y también prever la posibilidad de cambio o ampliación de las prestaciones. En este contexto, la constitución de una UTE tenía el sentido de aprovechar las sinergias de las empresas asociadas en función de su especialización, así como incorporar innovación tecnológica y nuevos sistemas de información, como reconoce la resolución impugnada.

Pues bien, la sanción que aquí se impugna se corresponde con la infracción prevista en el artículo 62.4.a/ de la Ley 15/07 de defensa de la competencia, esto es, "el despliegue de conductas colusorias tipificadas en el artículo 1 de la Ley que constituyan cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas o prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales". Asimismo, el artículo 1 de la Ley prohíbe cualquier 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.

Hay que destacar que la formulación de la anterior prohibición es muy abierta, lo que hace necesario concretar el ámbito del ilícito. En este sentido, hay que estar a la delimitación que ha ido definiendo la jurisprudencia, tanto estatal como europea. También es útil tomar como referencia las pautas establecidas por la Comisión Europea, concretamente las dictadas en relación con la interpretación del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, precepto este que incluye una formulación pareja a la de nuestra Ley de defensa de la competencia.

Las Directrices aprobadas mediante comunicación de la Comisión Europea el 11 de enero de noviembre [sic] de 2011 (DOIJE de 14 de enero) referidas a los acuerdos de cooperación horizontal precisan que, en el proceso de evaluación, hay que determinar en primer lugar si el acuerdo entre empresas tiene un objeto contrario a la competencia, o bien unos efectos reales o potenciales restrictivos de la competencia. En una segunda fase hay que considerar los eventuales beneficios para la competencia de dicho acuerdo y evaluar si estos efectos favorables compensan los efectos restrictivos de la competencia (apartado 20), como también hay que valorar si el acuerdo responde a una presión irresistible de las autoridades públicas (apartado 22). En este sentido, las Directrices ponen de manifiesto que determinados acuerdos horizontales pueden producir beneficios económicos sustanciales si permiten a las empresas combinar actividades, conocimientos o activos complementarios, compartir el riesgo, ahorrar costes, incrementar inversiones, agrupar conocimientos técnicos, aumentar la calidad del producto o promover la innovación (apartado 3).

El artículo 1.1 de la Ley de defensa de la competencia incluye dos tipos diferenciados de actividades colusorias: un primero que queda definido por el mismo objeto de la actuación del operador u operadores del mercado; y un segundo en función de sus efectos, reales o potenciales, en el mercado.

[...]

Por otra parte, el artículo 101.3 TFUE excluye la infracción en el caso de las actuaciones o acuerdos que compensen los efectos restrictivos de la competencia a partir de mejoras en la producción o la distribución de los productos, o el fomento del progreso técnico o económico, siempre que reserven a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante. En este aspecto el artículo 2 del Reglamento CE 1/2003 atribuye a los interesados la carga de probar los efectos favorables. Específicamente, cuando el beneficio consiste en un aumento de la eficiencia derivada de la combinación de conocimientos y recursos de las empresas concertadas, es necesario que estas identifiquen de forma precisa los conocimientos técnicos y los activos complementarios que aporta cada una de las partes y evalúen las eficiencias o las economías de escala resultantes.

En este sentido puede ser relevante la aportación significativa de capital, tecnología u otros activos, o el ahorro de costes, pero solo en la medida que la restricción de la competencia sea indispensable para lograr las mejoras de eficiencia, que se manifieste un beneficio para los consumidores que compense los efectos restrictivos de la competencia y, en todo caso, cuando esta no quede sencillamente eliminada (Directrices, apartados 50, 248, 250 y 251).

La resolución impugnada reconoce que el pliego de cláusulas administrativas admitía la concurrencia al concurso mediante una unión temporal de empresas. También admite que el cambio de características del concurso de 2012 respecto a los concursos anteriores fomentó la creación de UTEs para poder ofrecer todas las especialidades del servicio requeridas. Admite asimismo que los criterios de valoración de las ofertas favorecían esta posibilidad al puntuar especialmente los recursos humanos y físicos.

Sin embargo, el Tribunal de Defensa de la Competencia entiende que, aunque no haya evidencia explícita, los indicios indican que la constitución de la UTE por parte de las empresas imputadas respondía a una voluntad de concursar conjuntamente para eliminar cualquier riesgo derivado de la competencia en el mercado. Esta conclusión se apoya de las siguientes circunstancias:

- Las empresas sancionadas eran las más grandes y a la vez competidoras potenciales en el mercado. Cumplían los requerimientos de equilibrio y solvencia financiera y los respectivos volúmenes de negocio les permitían concurrir por separado.
- En el concurso de 2012 no se produjo ningún cambio significativo respecto del anterior concurso de 2006, cuando las empresas concurren por separado o en UTEs de dos asociados, mientras que en este concurso se presentaron conjuntamente en una UTE de 4 miembros. Asimismo, en este concurso tanto IRITEB como Fisioterapia se presentaron individualmente a otros lotes en los que se tenían que ofrecer todas las especialidades.
- La necesidad de disponer de un local en los respectivos ámbitos territoriales no implicaba la propiedad del mismo y se podía afrontar con alternativas como el alquiler o un acuerdo de cesión.
- La conveniencia de mejorar la oferta por encima de los mínimos exigidos en las bases del concurso, la búsqueda de sinergias o el objetivo de aumentar el número de lotes a los que se concursaba no justificaba el acuerdo anticompetitivo.
- La participación de las diferentes empresas a la UTE fue sustancialmente similar a la cuota de mercado resultante del concurso de 2006.
- Por lo tanto, el TCDC no constata ninguna razón que justificara la constitución de la UTE salvo la de restringir la competencia y perpetuar las cuotas de mercado de las empresas sancionadas.
- El resultado fue que el descuento ofrecido por la UTE respecto de las tarifas de salida se limitó al 7 %, mientras que la media de descuento en los 28 lotes fue del 10,45 % (12,5 % en el área de Barcelona).

Se entiende, en este sentido, que la asociación permitió a las empresas sancionadas una oferta más alta de la que cabría esperar, con el consiguiente perjuicio para la Administración.

- Finalmente, se señala que en los lotes afectados se registró un número inferior de licitadores respecto a la media.

Estamos, en consecuencia, ante una imputación fundamentada en indicios.

De acuerdo con el apartado 2 de los fundamentos jurídicos de la resolución impugnada, lo que se imputa es una infracción por el objeto; concretamente, por el hecho de que la constitución de la UTE tenía el objetivo de repartir el mercado en el marco de la licitación de los cuatro lotes afectados.



En cuanto a la determinación del mercado, la resolución afirma en el apartado 1 de los fundamentos jurídicos que las infracciones del artículo 1 de la Ley de defensa de la competencia no requieren la identificación del mercado. Sin embargo, el propio apartado 1 y en el apartado 19 de los fundamentos jurídicos la resolución identifica el mercado en el mismo concurso, más precisamente en los cuatro lotes a los que concurrió la UTE, aunque no aporta una justificación en este sentido ni se adivina esta justificación más allá de que este sea el ámbito territorial de la infracción constatada.

Pues bien, como se ha avanzado, determinadas prácticas son en sí mismas indicativas de un pacto colusorio, pero la constitución de una UTE no es necesariamente indicativa en este sentido. Se trata de una posibilidad prevista en la Ley - artículo 59 del Real Decreto Legislativo 3/11- y, específicamente, admitida en las bases del concurso -cláusula administrativa 8.1- Posibilidad que puede tener objetivos diferentes a la intención de restringir el mercado.

El caso es que, si no estamos ante una infracción por el objeto, la imputación debe concretar unos efectos significativos sobre el mercado, lo que supone definir el mercado relevante, no meramente el mercado afectado.

Por otra parte, se puede considerar que la asociación de los licitadores en UTEs era una circunstancia incentivada por el contexto económico y por la configuración del mismo concurso. En este sentido, el perito de la actora pone de manifiesto que el número de UTEs adjudicatarias pasó del 38,9 % el año 2006 a un 57,69 % en el año 2012 -que representan un 70 % del importe adjudicado-; fenómeno que continuó al siguiente concurso cuando las UTEs representaron el 67 % de las adjudicatarias.

Hay que significar al mismo tiempo que la capacidad de las empresas que se asociaron en la UTE y la posibilidad de competir por separado no opera necesariamente como un indicio indicativo de una infracción, sino como un presupuesto para descartar la infracción cuando se trata de empresas que no podrían competir por separado. (Directrices UE, apartados 30, 44 y 240, y STS de 14 de febrero de 2006, recurso n.º 4628/2003).

Esto es, la capacidad de las empresas hace en este caso que no se tenga que descartar de entrada la infracción, pero no constituye necesariamente una prueba de la misma.

También hay que considerar que las bases del concurso exigían para poder participar en la licitación la necesidad de aportar la autorización administrativa de funcionamiento del centro de rehabilitación. Debemos entender que la autorización se refiere a un concreto local y no a la licitadora, por lo que se puede deducir que la licitadora debía disponer del local ya en el momento de presentar la oferta. Por tanto, las bases no imponían la propiedad del local, pero sí su disponibilidad en el momento de formular la oferta, lo que hacía difícil la concurrencia en solitario de las entidades que no disponían en ese momento de establecimiento, y no un establecimiento en general sino uno autorizado específicamente para la actividad contratada. El dictamen de la Comisión Jurídica Asesora n.º 155/16, que se refiere a dicho requerimiento, es bastante claro en este sentido. Por lo tanto, la falta de disponibilidad de un establecimiento adecuado en los cuatro lotes afectados podía constituir una razón válida para justificar la necesidad de un acuerdo de cooperación horizontal con otras empresas.

Cabe decir que las Directrices UE admiten que un incremento de los socios por encima de lo que sería estrictamente indispensable no necesariamente es anticompetitivo si la restricción es indispensable para lograr una mayor eficiencia, en un contexto como el que nos ocupa en el que la concurrencia en una UTE no eliminaba totalmente la competencia; esto es, la posibilidad de que otros licitadores se presentaran a los lotes en cuestión, ni condicionaba el precio o las características técnicas de su oferta (apartado 253).

La actora incluye en su escrito de demanda una justificación de la asociación y la constitución de una UTE en función de una serie concreta de sinergias o de aportaciones de las diferentes empresas, justificación que no ha sido desvirtuada. En síntesis, la actora menciona en este sentido la aportación de personal y recursos informáticos; específicamente, IRITEB, SA aportaba la red de centros existente, la unidad de RHB de suelo pélvico, la unidad de fisioterapia respiratoria, el servicio de logopedia, apoyo en cuanto a radiología ambulatoria y en asistencias traumatológicas en Badalona; FISIOTERAPIA, la modernización del software de gestión de rehabilitación domiciliaria y herramientas informáticas; LEIVAX expertos en logopedia y infraestructura en rehabilitación ambulatoria y logopedia; y CRGRAMANET, complemento de espacios, equipo de radiología y unidad de urgencias en Santa Coloma de Gramenet.

Asimismo, el dictamen aportado por la actora pone de manifiesto lo siguiente:

- Mientras que el concurso de 2006 se llevó a cabo en un contexto de crecimiento económico, el de 2012 se convocó en una situación de crisis y disminución importante del PIB. El primer concurso quedó referido a una población de 5.313.998 personas, tuvo un presupuesto de 27.001.727,5 euros y se estructuró en 31 lotes; mientras que el concurso de 2012 quedó referido a una población de 4.690.178 personas, con una dotación





de 22.909.054,82 euros y se estructuró en 28 lotes. Sin embargo, en el territorio al que concurrió la UTE la población aumentó en un 1,36 % al tiempo que se preveía que los licitadores atendieran un 50 % más de los procesos licitados, lo que imponía a las licitadoras una mayor capacidad y estructura.

Por otra parte, los lotes pasaron en esta zona de 3 a 2. Circunstancias todas ellas que favorecían la asociación de empresas, con la condición de que en otros lotes en los que no se produjeron estos cambios IRITEB concurrió individualmente.

- En el concurso de 2012 se establecieron criterios de solvencia técnica no previstos en el año 2006, específicamente había que aportar la autorización administrativa de funcionamiento de los locales que ofrecían los licitadores y el cumplimiento de los estándares de calidad; se detallaba exhaustivamente todo el equipamiento a puntuar y los protocolos asistenciales; había que aportar los certificados de calidad asistencial y los sistemas de evaluación de los resultados asistenciales; se valoraban las ofertas adicionales de recursos físicos y humanos y la innovación en nuevas tecnologías.

- El Plan de Salud preveía precisamente la promoción de sinergias, el trabajo en red y el establecimiento de alianzas estratégicas entre los proveedores.

- El pago se estableció por procesos independientemente del número de sesiones, lo que imponía una mejora en las terapias. El plazo del contrato era de un año con posibilidad de prórroga, circunstancia que suponía un riesgo importante para la recuperación de la inversión.

- Los pliegos preveían la posibilidad de aumento de un 50 % de los usuarios.

El precio de salida se redujo comparativamente en un 2,09 % -un 20 % una vez actualizado el precio de 2006 con el IPC-, con reducciones significativas en el servicio de rehabilitación física ambulatoria entre el 9,8 % y el 25,5 % según la complejidad del tratamiento.

- Esta situación incrementó el número de UTEs adjudicatarias, que pasó del 38,9 % del año 2006 a un 57,69 % en el año 2012 -que representan un 70 % del importe adjudicado- fenómeno que continuó en 2013 cuando las UTEs representaron el 67 % de las adjudicatarias.

- Si bien la UTE sancionada propuso una baja en los precios del 7 % frente al 11 % de media en los restantes lotes, la calidad de la oferta técnica era bastante superior como se puso de manifiesto en la puntuación que recibió, siendo así que las bases del concurso incentivaban la componente técnica de la oferta.

- El nivel de competencia en los cuatro lotes objeto de sanción fue similar al del resto de lotes licitados, pues en dos no hubo otros licitadores; en 12 lotes se presentó un solo licitador —entre ellos dos adjudicados a la UTE que nos ocupa, lo que supone un total del 47 % de los lotes sin contar los 2 lotes desiertos- y en otros 8 lotes solo hubo dos licitadores, entre ellos dos adjudicados a la UTE.

- La concurrencia mediante una UTE produjo sinergias significativas, tales como la mejora de los procedimientos terapéuticos que se materializó en la reducción del número de sesiones por proceso, la disponibilidad de mayores recursos, específicamente en personal, especialistas para necesidades puntuales, mayores espacios, reducción de la estructura administrativa y gerencial, o la gestión conjunta de listas de espera.

- Finalmente, la baja del 7 % propuesta por la UTE no era la más reducida del concurso. Hay otros 4 lotes que se adjudicaron con bajas menores. Por lo tanto, es difícil sacar conclusiones de este dato si no se analiza la oferta técnica a los efectos de determinar si había mejoras o inversiones que justifiquen un coste superior.

Unas alegaciones o justificaciones que no han sido desvirtuadas.

Como se ha mencionado, la sanción impugnada se fundamentó en una serie de indicios que más arriba han sido relacionados.

Ciertamente la prueba de indicios ha sido aceptada ya por lo pronto a los efectos de fundamentar las sanciones administrativas, específicamente en materia de defensa de la competencia dada la dificultad para obtener en este ámbito una prueba plena de la infracción.

Sin embargo, esta prueba requiere no solo acreditar los indicios sino también una motivación adicional que explique claramente la relación de imputabilidad. Esto es, que se haga explícito el razonamiento según el que, partiendo de los indicios acreditados, se deduce la efectiva existencia del ilícito y la culpabilidad del sancionado (Tribunal Constitucional, sentencia n. 0 74/2006, y Tribunal Supremo, sentencias de 28 de enero de 1999 -Recurso n. 0 263/1995- y de 31 de marzo de 1998 -Recurso n. 0 197/1995-).

En cuanto al enlace lógico entre los indicios y la presunción resultante, es necesario que esta sea una consecuencia necesaria de aquellos, de forma que no haya una explicación alternativa que pueda justificar los



indicios ( Tribunal Supremo, sentencias de 27/1/03 - recurso 494/1999-, de 27/10/11 - Recurso 5653/2008 y de 22/5/2015 - Recurso 481/2013-). En este sentido y en el ámbito de la defensa de la competencia, tiene una particular relevancia determinar si los indicios pueden justificarse por las circunstancias del mercado.

Pues bien, ni los indicios en los que se basa la imputación son en este caso suficientemente concluyentes para acreditar una práctica anticompetitiva punible, ni la Administración desvirtuó los motivos y las circunstancias aportados por las imputadas en cuanto a la justificación de la

UTE como un comportamiento natural dadas las circunstancias."

De acuerdo con los anteriores fundamentos debemos desestimar también el presente recurso>>.

**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes, prepararon recurso de casación contra ella las representaciones procesales de la Autoridad Catalana de la Competencia y de la entidad Centre de Rehabilitació i Llenguatge, S.L., siendo admitidos a trámite ambos recursos por auto de la Sección Primera de esta Sala de 23 de octubre de 2020 en el que asimismo se acuerda la remisión de las actuaciones a la Sección Tercera, con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos.

En la parte dispositiva del citado auto de 23 de octubre de 2020 se acuerda, en lo que ahora interesa, lo siguiente:

<< (...) 2º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso, que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, consiste en interpretar los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE, en consonancia con lo establecido en las Directrices Horizontales de la Comisión Europea, a fin de aclarar en qué condiciones resulta aplicable la excepción contenida en los citados preceptos en relación con acuerdos de cooperación horizontal y, más concretamente, en relación con la creación de UTEs para participar en licitaciones de concursos públicos>>.

**CUARTO.-** La representación de la Autoridad Catalana de la Competencia formalizó la interposición de su recurso de casación mediante escrito presentado el 18 de diciembre de 2020 en el que alega que la sentencia incurre en las siguientes infracciones:

- Infracción del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia dado que, en contra de lo que aprecia la sentencia, la conducta examinada constituye una infracción por objeto o, alternativamente, por sus efectos restrictivos de la competencia.

- Infracción del artículo 1.3 de la Ley de Defensa de la Competencia toda vez que la formación de la UTE elimina cualquier vestigio de competencia en el mercado.

Tras desarrollar esos argumentos de impugnación, termina el escrito solicitando que se dicte sentencia << (...) que fije los criterios interpretativos en respuesta a las cuestiones suscitadas en el auto de admisión de conformidad con las alegaciones de esta parte, estime plenamente nuestro recurso en los términos interesados, casando y anulando la sentencia recurrida, desestime el recurso contencioso administrativo seguido ante el TSJC y declare la conformidad a derecho de la resolución sancionadora del TCDC de la ACCO, impugnada de contrario en la instancia; con expresa imposición de las costas a la parte contraria>>.

**QUINTO.-** Por su parte, la representación de la entidad Centre de Rehabilitació i Llenguatge, S.L. formalizó la interposición de su recurso de casación mediante escrito presentado también el 18 de diciembre de 2020 en el que alega que la sentencia incurre en las siguientes infracciones:

A/ Infracción de los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE; y ello por las siguientes razones: 1/ Innecesariedad o no indispensabilidad del acuerdo de cooperación horizontal a través de una UTE de 4 miembros. 2/ Eliminación de la concurrencia competitiva.

B/ Infracción de jurisprudencia cuya reafirmación se solicita o, en su defecto, refuerzo, completud o corrección de la jurisprudencia existente. Cita sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo 14 de febrero de 2006 (recursos 4628/2003 y 4629/2003), 20 de diciembre de 2006 (recurso 3658/2004) y 18 de diciembre de 2007 (recurso 1634/2005). En particular:

- Invoca la jurisprudencia en relación con la ejecución conjunta de varios lotes cuando las bases del concurso nada exigen al respecto y las empresas, competidoras entre sí, pueden ejecutar cada uno de ellos individualmente.

- Aplicabilidad del precedente constituido por la sentencia de 26 de junio de 2017 (recurso nº 2468/2015), caso de los productores de mejillón, en lo que se refiere al poder de mercado que ostentan las partes.

Termina el escrito de Centre de Rehabilitació i Llenguatge, S.L. solicitando que se dicte sentencia por la que, << (...) casando y anulando la sentencia recurrida citada, se estime plenamente este recurso de casación, desestime el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la compañía L'EIVAX,S.A ante la referida Sala



y Sección del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y declare la conformidad a Derecho de la resolución del Tribunal Catalán de la Competencia de 9 de febrero de 2.016 (expediente 57/24), con imposición de costas a la recurrente L'Eivax, S.A>>.

**SEXTO.-** Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera, mediante providencia de 21 de diciembre de 2020 se tuvo por interpuesto el recurso y se acordó dar traslado a la parte recurrida para que pudiese formular su oposición.

**SÉPTIMO.-** La representación procesal de la entidad Eivax, S.A formalizó su oposición mediante escrito presentado el 11 de febrero de 2020 en el que, tras formular sus alegaciones en contra de lo aducido por las recurrentes en sus respectivos escritos, termina solicitando que se dicte sentencia desestimando íntegramente los recursos de casación y confirmando en todos sus términos la sentencia recurrida.

**OCTAVO.-** Mediante providencia de 12 de febrero de 2021 se acordó no haber lugar a la celebración de vista y quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo; fijándose al efecto el día 9 de marzo de 2021, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** En las presentes actuaciones (recurso de casación nº 3405/2020) se examinan de manera conjunta los recursos de casación interpuestos por las representaciones procesales de la Autoridad Catalana de la Competencia y de la entidad Centre de Rehabilitació i Llenguatge, S.L. contra la sentencia nº 812/2019, de 15 de octubre, de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (recurso contencioso- administrativo 173/2016).

Hemos visto en el antecedente primero que la sentencia recurrida vino a estimar recurso contencioso-administrativo interpuesto por Centre de Rehabilitació L'Eivax, S.A. contra la resolución de la Autoridad Catalana de la Competencia de 9 de febrero de 2016 (expediente nº 57/2014, Fisiogestión) que había sancionado a Eivax, S.A. y a otras tres entidades mercantiles como responsables de una conducta constitutiva de infracción del artículo 1.1. c) de la Ley de Defensa de la Competencia, por haber llevado a cabo una práctica concertada consistente en el reparto del mercado en el ámbito de la licitación de los lotes 23, 24, 25 y 26 de la contratación pública de la prestación de servicios de rehabilitación física y logopedia en la modalidad ambulatoria y domiciliaria del Servicio Catalán de la Salud para el 2012 (RH/12). La sentencia anula la sanción que se había impuesto a Eivax, S.A. por importe de 80.000 euros.

Las otras tres empresas sancionadas -Fisioterapia, S.A., Centre d'Accidents Laborals i Rehabilitació Gramenet, S.L. e Iriteb S.A.- también interpusieron recursos que fueron igualmente resueltos por otras tantas sentencias de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña; sentencias éstas que también fueron recurridas en casación por la Autoridad Catalana de la Competencia y por la entidad Centre de Rehabilitació i Llenguatge, S.L. (recursos de casación 1363/2020, 2040/2020 y 3333/2020).

En el antecedente segundo hemos reseñado las razones que expone la Sala de instancia para fundamentar la estimación del recurso contencioso- administrativo. Procede entonces que entremos a examinar las cuestiones suscitadas en casación, y, de manera específica, la cuestión señalada en auto de la Sección Primera de esta Sala de 23 de octubre de que acordó la admisión del recurso de casación ( *vid.* antecedente tercero de esta sentencia).

### **SEGUNDO.- Debate suscitado en casación y marco normativo aplicable.**

La presente controversia se centra, como dejó señalado el auto de admisión del recurso de casación, en la interpretación de los artículos 1.3 de la Ley de Defensa de la Competencia y 101.3 TFUE, en consonancia con lo establecido en las Directrices Horizontales de la Comisión Europea, a fin de aclarar en qué condiciones resulta aplicable la excepción contenida en los citados preceptos en relación con acuerdos de cooperación horizontal y, más concretamente, en relación con la creación de UTEs para participar en licitaciones de concursos públicos.

El artículo 101 TFUE (antiguo 81 TCE) 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>>.*

Por su parte, el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, tiene el siguiente contenido:

Artículo 1. Conductas colusorias.

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

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

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>>.

Ahora bien, seguidamente constataremos que el caso que nos ocupa no se suscita en realidad controversia sobre la interpretación de los citados preceptos, ni sobre el alcance de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y de este Tribunal Supremo que ahora pasamos a reseñar. Veamos.

### **TERCERO.- Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de este Tribunal Supremo.**

**A/ Distinción jurisprudencial entre las "infracciones por objeto" y las "infracciones por efecto".**

La tradicional distinción, en el ámbito del Derecho de la Competencia, entre las infracciones "por objeto" y las infracciones "por efecto" ha sido examinada por esta Sala en ocasiones anteriores. Sirva de muestra nuestra sentencia nº 43/2019, de 21 de enero (casación 4323/2017) de cuyo F.J. 3º reproducimos ahora los siguientes fragmentos:

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

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

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

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

*Ahora bien, una vez establecida la conclusión de que nos encontramos ante una infracción por el objeto no se precisa establecer los efectos negativos que la conducta infractora ha tenido o puede tener sobre el mercado.*

*Así se desprende de una abundantísima jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha sido recogida y aplicada por este Tribunal Supremo.*

*[...]*

Y en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2009 (asunto C-8/08), tras distinguir entre las practicas que tienen un "objeto" contrario a la competencia y las que tienen un efecto contrario a la competencia, se afirma: "29. Además, ha de señalarse que, 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 dentro del mercado común (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, 56/64 y 58/64, Rec. pp. 429 y ss., especialmente p. 496; de 21 de septiembre de 2006, Nederlandse Federatieve



Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, C-105/04 P, Rec. p. I-8725, apartado 125, y Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 16). 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 (véase la sentencia Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 17)".

Finalmente, la STJUE de 20 de enero de 2016 (asunto C-373-149) recuerda que en las infracciones por objeto es necesario considerar el objeto mismo del acuerdo, pero "[...] no es necesario examinar los efectos de acuerdo en la competencia cuando esté acreditado su objeto contrario a ella (véanse en ese sentido las sentencias T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, EU:C:2009:343, apartados 28 y 30, y ClaxoSmithKline Services y otros/Comisión y otros C 501/06 P, C- 513/06 P y C-519/06P, EU:C:2009:610, apartado 55)".

Así mismo lo ha reconocido la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, que en su STS de 26 de junio de 2017 (recurso 2403/2014) señala que los acuerdos de intercambio de información entre competidores destinados a coordinar las condiciones económicas tienen por objeto restringir la competencia y no resulta necesario, en consecuencia, examinar sus efectos: "Debe recordarse, de acuerdo con una consolidada jurisprudencia ( STJUE de febrero de 2009, asunto T- Mobile C-8/08, que bastaría la prueba del intercambio de información, [...], para presumir la existencia del acuerdo anticompetitivo, que dado su objetivo, interferencia en la fijación de precios, debe calificarse como tal por su objeto [...] En tales circunstancias, contrariamente a lo que defiende el órgano jurisdiccional remitente, no es necesario examinar los efectos de una práctica concertada cuando quede acreditado su objeto contrario a la competencia."

Y en la STS nº 331/2018, de 1 de marzo, esta misma Sala consideró, respecto a la no necesidad de examinar los efectos en el caso de infracciones por el objeto, que "[...] En cambio, cuando quede acreditado que el acuerdo en cuestión tiene un objeto contrario a la competencia, no es necesario acreditar en concreto los efectos perjudiciales de dicho acuerdo sobre la competencia y consecuentemente sobre el mercado que se aplican. En tal caso será suficiente exponer que dicho acuerdo es concretamente apto para impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado interior".

*De esta jurisprudencia puede extraerse la conclusión que en las infracciones por el objeto no se precisa determinar la incidencia que dicha infracción tiene sobre el mercado y no es posible rebatir esta apreciación basándose en la afirmación de que la conducta enjuiciada no produjo efectos en el mercado>>.*

A modo de recapitulación de lo expuesto en este apartado, en nuestra sentencia nº 1375/2018, de 17 de septiembre (casación 2452/2017, F.J. 9º) transcribíamos diversos párrafos de la sentencia del Tribunal General de 10 de diciembre de 2014 (asunto T-90/11) en la que, de manera clara y concisa, se sintetiza la jurisprudencia del TJUE sobre la distinción entre las infracciones *por objeto* y *por efecto*. Dice el Tribunal General en los apartados 305 a 310 de su sentencia:

"305 Procede recordar, a este respecto, que, según la jurisprudencia, los conceptos de "acuerdo", de "decisiones de asociaciones de empresas" y de "práctica concertada" del artículo 101 TFUE, apartado 1, recogen, desde un punto de vista subjetivo, formas de colusión que comparten la misma naturaleza y que sólo se distinguen por su intensidad y por las formas en las que se manifiestan (véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, Rec. p. I-4529, apartado 23, y la jurisprudencia citada).

306 Por otra parte, por lo que respecta a la apreciación de su carácter contrario a la competencia, debe atenderse al contenido de las disposiciones que los establecen, a los objetivos que pretenden alcanzar y al contexto económico y jurídico en el que se inscriben (véase, en este sentido, la sentencia T-Mobile Netherlands y otros, citada en el anterior apartado 305, apartado 27, y la jurisprudencia citada).

307 Además, la jurisprudencia precisa que 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 (sentencias T-Mobile Netherlands y otros, citada en el anterior apartado 305, apartado 29, y Allianz Hungária Biztosító y otros, citada en el anterior apartado 61, apartado 35).

308 De esa manera, se ha determinado que algunos comportamientos colusorios, como los que llevan a la fijación horizontal de los precios por los cárteles, pueden considerarse hasta tal punto aptos para generar efectos negativos, en especial en los precios, la cantidad o la calidad de los productos o los servicios, que cabe estimar innecesaria la demostración de que tienen efectos concretos en el mercado con el fin de aplicar el artículo 101 TFUE, apartado 1 (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de enero de 1985, Clair, 123/83, Rec. p. 391, apartado 22).



309 En la hipótesis de que el análisis de un tipo de coordinación entre empresas no presente un grado suficiente de nocividad respecto de la competencia, deben examinarse, en cambio, sus efectos y, para prohibirlo, 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 manifiesta (sentencia Allianz Hungária Biztosító y otros, citada en el anterior apartado 61, apartado 34, y la jurisprudencia citada).

310 Para apreciar si un acuerdo entre empresas o una decisión de asociación de empresas tiene un grado de nocividad suficiente para ser considerado una restricción de la competencia "por el objeto" en el sentido del artículo 101 TFUE, apartado 1, debe atenderse al contenido de sus disposiciones, a los objetivos que pretende alcanzar y al contexto económico y jurídico en el que se inscribe. Al apreciar dicho contexto, se debe considerar también la naturaleza de los bienes o de los servicios afectados, así como las condiciones reales del funcionamiento y de la estructura del mercado o mercados pertinentes (véase, en este sentido, la sentencia Allianz Hungária Biztosító y otros, citada en el anterior apartado 61, apartado 36, y la jurisprudencia citada)".

En fin, debemos reiterar ahora la conclusión que expusimos en el F.J. 4º nuestra sentencia nº 43/2019, de 21 de enero (casación 4323/2017), a la que ya nos hemos referido: <<...en materia de defensa de la competencia, cuando se concluya que nos encontramos ante "infracciones por objeto" no es necesario analizar la incidencia que dicha conducta infractora tiene sobre el mercado, ya que por su propia naturaleza son aptas para incidir en el comportamiento de las empresas en el mercado, ni es posible rebatir esta apreciación mediante observaciones basadas en que los acuerdos colusorios no tuvieron efectos relevantes en el mercado>>.

**B/** Sobre los efectos las Directrices y las Comunicaciones de la Comisión en materia de Derecho europeo de competencia.

Puesto que la sentencia recurrida cita en repetidas ocasiones la Comunicación de la Comisión de Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal (DOCE 14 de enero de 2011), es oportuno reiterar aquí lo señalado por esta Sala en la ya citada sentencia nº 43/2019, de 21 de enero (casación 4323/2017, F.J. 3º), seguida luego por la sentencia nº 66/2019, de 28 de enero (casación 1396/2017, F.J. 3º), acerca de la eficacia y virtualidad de tales Directrices.

Como señalábamos en aquellas ocasiones, las Directrices y las Comunicaciones de la Comisión en materia de Derecho europeo de competencia no despliegan efectos jurídicos vinculantes para los órganos jurisdiccionales y las autoridades nacionales. Así lo destacan las STJUE de 14 de junio de 2011, *Pfleiderer* (C-360/09, Rec. p. I-5161), apartado 21; en un sentido similar también la sentencia de 28 de junio de 2005, *Dansk Rørindustri y otros/Comisión* (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, Rec. p. I-5425), apartado 209, conforme a la cual las comunicaciones publicadas por la Comisión no pueden calificarse de norma jurídica, así como la sentencia de 29 de septiembre de 2011, *Arkema/Comisión* (C-520/09 P, Rec. p. I-8901 apartado 88), conforme a la cual las comunicaciones publicadas por la Comisión no establecen más que reglas de conducta.

Ahora bien, tales directrices, en cuanto recogen los criterios fijados por la jurisprudencia, pueden ser tomadas en consideración como un instrumento útil de interpretación en la materia.

**C/** Interpretación jurisprudencial del artículo 101.3 TFUE.

El artículo 101.3 TFUE que antes hemos transcrito (antiguo artículo 81.3 TCE) contiene una excepción a lo establecido en los dos apartados anteriores; y sobre el significado y alcance de tal excepción existe un cuerpo de doctrina jurisprudencial del TJUE de la que hicimos reseña en nuestra sentencia nº 1375/2018, de 17 de septiembre (casación 2452/2017, FF.JJ. 8º y 9º) a la que antes nos hemos referido.

Siguiendo la línea interpretativa del Tribunal de Justicia, en esa sentencia citada de 17 de septiembre de 2018 señalábamos (F.J. 8º) que, a efectos de determinar la adecuación o disconformidad de una conducta con el Derecho de la Competencia, para que opere la excepción prevista en el artículo 101.3 TFUE, que exime de la prohibición establecida en el artículo 101.1, es necesario que se cumplan *acumulativamente* los cuatro requisitos anotados, a saber: 1º) que el acuerdo contribuya a mejorar la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico; 2º) que los consumidores participen de forma equitativa en el beneficio resultante; 3º) que no se impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos, y, 4º) que no se ofrezca a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

En la misma sentencia nº 1375/2018, de 17 de septiembre, también recordábamos lo declarado en STJUE de 6 de octubre de 2009 (asuntos acumulados C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P), que en sus párrafos 78 y siguientes viene a señalar que corresponde a quien invoca la exención demostrar, mediante argumentos y pruebas convincentes, que concurren los requisitos exigidos para obtenerla, de manera que la carga de la prueba recae sobre quien invoca la exención. Y citábamos asimismo la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 13 de enero de 2004 (asunto T-67/01), de la que transcribíamos el siguiente párrafo:





"Compete a la empresa solicitante aportar todos los elementos acreditativos necesarios para demostrar la justificación económica de una exención y demostrar que satisface cada uno de los cuatro requisitos exigidos por el artículo 81 CE, apartado 3, que tienen carácter cumulativo (sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de enero de 1984, VBVB y VBBB/Comisión, antes citada, apartados 52 y 61, y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de julio de 1992, *Publishers Association/Comisión*, T-66/89, Rec. p. II-1995, apartado 69). Asimismo, corresponde a esta empresa demostrar que las restricciones causadas a la competencia cumplen los objetivos que persigue el artículo 81 CE, apartado 3, y que estos últimos no pueden alcanzarse sin dichas restricciones (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 28 de febrero de 2002, *Compagnie générale maritime y otros/Comisión*, T-86/95, Rec. p. II-1011, apartado 381)".

En esa misma línea, la ya citada Comunicación de la Comisión de Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal señala en su apartado 48 que cuando en un caso concreto se haya demostrado la presencia de una restricción de la competencia a efectos del artículo 101.1 del Tratado, puede invocarse la excepción contemplada en el apartado 3. Pero añade la propia Comunicación, con cita del artículo 2 del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (hoy artículos 101 y 102 del TFUE), que << (...) la carga de la prueba de los dispuesto en el artículo 101, apartado 3, recaerá en la empresa o empresas que invoquen esta disposición. Por lo tanto, los argumentos de hecho y las pruebas presentadas por la empresa o empresas deben permitir a la Comisión llegar a la convicción de que es suficientemente probable que el acuerdo en cuestión produzca efectos favorables a la competencia o de que no lo es>>. Puede verse en este sentido la sentencia de este Tribunal Supremo nº 1123/2017, de 26 de junio (casación 2468/2015, F.J. 3º).

Por otra parte, la citada STJUE de 6 de octubre de 2009 señala (párrafo 92) que para que un acuerdo pueda quedar exento con arreglo al artículo 81.3 TCE [actual artículo 101.3 TFUE] "...es necesario que contribuya a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico. Esta contribución no puede identificarse con todas las ventajas que las empresas que participan en dicho acuerdo obtienen del acuerdo en relación con su actividad, sino con ventajas objetivas apreciables que puedan compensar los inconvenientes que el acuerdo genera en el ámbito de la competencia (véase, en este sentido, la sentencia *Consten y Grundig/Comisión*, antes citada, pp. 502 y 503)".

A lo que añade la propia STJUE de 6 de octubre de 2009 (párrafos 102 y 103) que:

"102 Procede recordar que el examen de un acuerdo para determinar si contribuye a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico y si dicho acuerdo genera ventajas objetivas considerables, debe realizarse a la luz de las alegaciones de hecho y de las pruebas aportadas en el marco de la petición de exención con arreglo al artículo 81 CE, apartado 3.

103 Tal examen puede requerir que se tengan en cuenta las características y eventuales particularidades del sector al que se aplica el acuerdo, si dichas características y particularidades son decisivas para el resultado del examen. Es necesario añadir que el hecho de tenerlas en cuenta no significa que se invierta la carga de la prueba, sino que únicamente garantiza que el examen de la petición de exención se efectúe a la luz de las alegaciones de hecho y las pruebas pertinentes aportadas por el demandante".

En fin, estas son las principales notas de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de este Tribunal Supremo en los diversos aspectos a los que nos hemos referido; y no consideramos necesario modificar, completar ni matizar nuestra jurisprudencia.

#### **CUARTO.-Resolución del presente recurso.**

En el presente recurso de casación la controversia se centra en determinar si la constitución de la Unión Temporal de Empresas (UTE), de la que formaba parte de la recurrente, para concurrir a la contratación pública de la prestación de servicios de rehabilitación física y logopedia en la modalidad ambulatoria y domiciliaria del Servicio Catalán de la Salud para el 2012 constituye una práctica concertada consistente en el reparto del mercado para eliminar cualquier riesgo derivado de la competencia -como entendió la resolución administrativa sancionadora- o si, como consideró la sentencia ahora recurrida en casación, no debe apreciarse la existencia de infracción por tratarse de una conducta legítima, en tanto que justificada por las circunstancias concurrentes en el momento en el que se llevó a cabo, y por no ser suficientemente concluyentes los indicios que sirvieron de base a la resolución sancionadora.

Debe notarse que la resolución de la Autoridad Catalana de la Competencia entendió que nos encontramos ante una infracción por objeto, considerando que se trataba de una práctica concertada consistente en el reparto del mercado. En cambio, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, aunque no niega de forma expresa que nos encontremos ante una infracción por objeto, se centra en examinar las circunstancias





que concurrían cuando se llevó a cabo la conducta enjuiciada y los efectos de ésta en el mercado, llegando a la conclusión de que la constitución de la UTE estaba suficientemente justificada, que los indicios en los que se basaba la imputación no eran concluyentes y, en definitiva, que procedía anular la resolución sancionadora.

Ahora bien, es obligado señalar que en el presente recurso de casación -igual que en el proceso de instancia- no ha existido en realidad controversia sobre la interpretación que debe darse a los artículos 1.3 de la Ley de Defensa de la Competencia y 101.3 TFUE, ni sobre la jurisprudencia que los interpreta y aplica. Más bien al contrario, la sentencia recurrida en casación hace diversas referencias a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de este Tribunal Supremo en relación con tales preceptos, sin que los recurrentes en casación hayan manifestado discrepancias con las nociones y categorías jurídicas a que se refiere la sentencia.

Donde las recurrentes discrepan de la sentencia recurrida es en la valoración que en ella se hace de los datos y elementos de prueba disponibles, y, en definitiva, en la delimitación de las circunstancias fácticas concurrentes en el caso concreto que se examina, que son las que han llevado a la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña a concluir que la conducta examinada no es constitutiva de infracción.

Así, la sentencia recurrida examina las circunstancias de diversa índole que concurrían cuando se constituyó la UTE controvertida, llegando la Sala de instancia a la conclusión de que la asociación de los licitadores en UTEs no solo estaba contemplada en las bases de la convocatoria sino que venía propiciada o incentivada por el contexto económico y por la propia configuración del concurso.

Por otra parte, la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña examina los indicios en los que la resolución administrativa sancionadora basa la imputación. Y aunque la sentencia recurrida admite que un reproche sancionador puede estar basado en la prueba de indicios, en particular en materia de defensa de la competencia dada la dificultad para obtener en este ámbito una prueba directa y plena de la infracción, la Sala sentenciadora llega a la conclusión de que << (...) ni los indicios en los que se basa la imputación son en este caso suficientemente concluyentes para acreditar una práctica anticompetitiva punible, ni la Administración desvirtuó los motivos y las circunstancias aportados por las imputadas en cuanto a la justificación de la UTE como un comportamiento natural dadas las circunstancias>>.

Por tanto, no existen cuestiones jurídicas a dilucidar; y dado que las cuestiones de hecho quedan excluidas del recurso de casación ( artículo 87 bis.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), no siendo revisable en casación la valoración de la prueba realizada por la Sala de instancia, habremos de declarar no haber lugar al presente recurso de casación, sin que para ello resulte necesario modificar, completar ni matizar la jurisprudencia que hemos dejado reseñada en el fundamento jurídico tercero.

#### **QUINTO.-Costas procesales.**

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4, 139.1 y 139.4 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, entendemos que no procede la imposición de las costas de casación a ninguna de las partes; debiendo mantenerse, en cuanto a las costas del proceso de instancia, el pronunciamiento de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

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

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

No ha lugar a los recursos de casación, registrados bajo el nº 3405/2020, interpuestos por la AUTORIDAD CATALANA DE LA COMPETENCIA y por la entidad CENTRE DE REHABILITACIO I LLENGUATGE, S.L. contra la sentencia nº 812/2019, de 15 de octubre, de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (recurso contencioso-administrativo 173/2016); sin imponer las costas derivadas del recurso de casación a ninguna de las partes y manteniendo, en cuanto a las costas del proceso de instancia, el pronunciamiento de la sentencia recurrida.

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

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

Así se acuerda y firma.