



## BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ064019

### TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 66/2019, de 28 de enero de 2019

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 1396/2017

### SUMARIO:

**Defensa de la competencia. Prácticas concertadas. Intercambio de información relevante entre empresas competidoras Procedimiento sancionador. Conductas prohibidas por su objeto o por sus efectos.** 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, es decir, será suficiente exponer que dicho acuerdo es concretamente apto para impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado interior; y no será posible rebatir esta apreciación mediante observaciones basadas en que los acuerdos colusorios no tuvieron efectos relevantes en el mercado. De modo que las empresas que alcancen un acuerdo con un objeto contrario a la competencia siempre persiguen una restricción sensible de la competencia, independientemente de la importancia de sus cuotas de mercado, de sus volúmenes de operaciones y de la existencia de otras empresas competidoras capaces de suministrar estos productos.

En este caso, el intercambio de información económica de costes unitarios entre las empresas que las permitió una propuesta económica global para presentar sus propuestas a una licitación pública constituye una infracción por objeto de la competencia, acreditado que «la información referida a las ofertas económicas tiene un carácter estratégico» y «puede constituir por sí misma una infracción objetiva» sin tener que acreditar sus efectos en el mercado.

### PRECEPTOS:

Ley 15/2007 (Defensa de la competencia), arts. 1.1 a) y 64.1.

Tratado de 25 de Marzo de 1957 de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), art. 101.

### PONENTE:

*Don Ángel Ramón Arozamena Laso.*

Magistrados:

Don EDUARDO ESPIN TEMPLADO  
Don JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT  
Don EDUARDO CALVO ROJAS  
Don MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH  
Don DIEGO CORDOBA CASTROVERDE  
Don ANGEL RAMON AROZAMENA LASO  
Don FERNANDO ROMAN GARCIA

### TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 66/2019

Fecha de sentencia: 28/01/2019



Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 1396/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 15/01/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso

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

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

Transcrito por: MDC

Nota:

R. CASACION núm.: 1396/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 66/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, presidente

D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

Dª. Maria Isabel Perello Domenech

D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

D. Fernando Roman Garcia

En Madrid, a 28 de enero de 2019.

Esta Sala ha visto el presente recurso de casación núm. 1396/2017, interpuesto por la Generalidad de Cataluña, representada y defendida por el Abogado de sus Servicios Jurídicos, contra la sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 20 de diciembre de 2016, dictada en el recurso de dicho orden jurisdiccional seguido ante la misma bajo el núm.



163/2014, a instancia de la entidad Sociedad Española de Construcciones Eléctricas S. A. (SECE), contra resolución sancionadora dictada por el Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia de la Autoridad Catalana de la Competencia; ha sido parte recurrida la entidad Sociedad Española de Construcciones Eléctricas S. A. (SECE) , representada por el procurador de los tribunales D. Jorge Deleito García, bajo la dirección letrada de D<sup>a</sup>. Irene Moreno-Tapia Rivas y también ha comparecido la entidad Electricitat Boquet, S.L., representado por el procurador de los tribunales D. Juan Antonio García Sanmiguel, bajo la dirección letrada de D. Miguel Ángel Pigem de las Heras.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso.

### ANTECEDENTES DE HECHO

#### Primero.

En el recurso contencioso-administrativo núm. 163/2014 seguido en la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, con fecha 20 de diciembre de 2016, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"FALLO: Primero. Estimar el recurso interpuesto por la Sociedad Española de Construcciones Eléctricas contra la resolución del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia de fecha 10 de febrero de 2014, anulando la resolución impugnada.

Segundo. imponer las costas procesales a la Administración demandada, costas que en ningún caso superarán el máximo total de 1.500 euros".

#### Segundo.

El Abogado de la Generalidad de Cataluña, en la representación que le es propia y por ley ostenta, presentó con fecha 22 de febrero de 2017 escrito de preparación del recurso de casación.

#### Tercero.

Habiendo dictado el Tribunal de instancia auto de fecha 28 de febrero de 2017, teniendo por debidamente preparado el recurso de casación, con emplazamiento a las partes para su comparecencia ante este Tribunal Supremo , la parte recurrente, en la indicada representación procesal y dirección letrada, se ha personado ante este Tribunal Supremo en tiempo y forma mediante escrito presentado el 6 de abril de 2017.

#### Cuarto.

El procurador de los tribunales D. Juan Antonio García Sanmiguel, en nombre y representación de la entidad Electricitat Boquet, S.L., ha comparecido y personado ante este Tribunal Supremo en calidad de parte recurrida, formulando en su escrito de personación presentado el 28 de marzo de 2017, su oposición a la admisión del recurso de casación de acuerdo con la posibilidad prevista en el artículo 89.6 de la LJCA .

#### Quinto.

El procurador de los tribunales el procurador de los tribunales D. Jorge Deleito García, en nombre y representación de la entidad Sociedad Española de Construcciones Eléctricas S.A. (SECE), ha comparecido y personado ante este Tribunal Supremo en calidad de parte recurrida, formulando en su escrito de personación presentado el 18 de abril de 2017, su oposición a la admisión del recurso de casación de acuerdo con la posibilidad prevista en el artículo 89.6 de la LJCA .

#### Sexto.

La Sección Primera de la Sala Tercera -Sección de admisión- de acuerdo al artículo 90.2 de la LJCA acordó, por auto de fecha a 18 de septiembre de 2017:



" 1º) Admitir el recurso de casación nº 1396/2017 preparado por el sr. letrado de la Generalidad de Cataluña contra la sentencia dictada por la Sala de este Orden Jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección 5ª) con fecha 20 de diciembre de 2016 en el recurso nº 163/2014 .

2º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar:

1º) si, hallándonos ante una de las llamadas infracciones por el objeto, a la que se refiere el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , interpretado en coherencia con las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal (2011/C11/01), la concreción del mercado afectado constituye o no un elemento necesario para la tipificación de la conducta; y cómo ha de interpretarse, en tal sentido, la referencia del punto 72 de las "directrices" al "contexto jurídico y económico del intercambio en cuestión"; y

2º) si ante las mencionadas infracciones por el objeto, además de la acreditación de la existencia del intercambio de información, es también necesario, para afirmar la existencia de la infracción, verificar por añadidura la producción de efectos perjudiciales reales de tal conducta sobre la competencia; teniendo en cuenta a estos efectos lo dispuesto en el punto 75 de las citadas "directrices".

3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, los arts. 1.1.a) en relación con el 64.1.a), ambos de la Ley de Defensa de la Competencia 15/2007 de 3 de julio; y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , interpretado en coherencia con las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal (2011/C11/01).

4º) Se ordena publicar este Auto en la página web del Tribunal Supremo, haciendo referencia al mismo, con sucinta mención de las normas que serán objeto de interpretación.

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

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

#### **Séptimo.**

Admitido el presente recurso de casación y remitidas las actuaciones a la Sección Tercera de esta Sala, por diligencia de ordenación de fecha 4 de octubre de 2017 se comunicó a la parte recurrente la apertura del plazo de treinta días para presentar su escrito de interposición del recurso de casación, trámite que evacuó mediante su escrito presentado en fecha 15 de noviembre de 2017 en el que, tras exponer los razonamientos que consideró oportunos, precisó el sentido de sus pretensiones y recoge los pronunciamientos que solicita de la siguiente forma:

"dicte sentencia por la que, casando y anulando la Sentencia recurrida ya referenciada, se estime plenamente nuestro recurso en los términos interesados, desestime el recurso contencioso administrativo seguido ante el TSJCat y declare la conformidad a derecho de la resolución sancionadora impugnada, con expresa imposición de costas a la parte recurrente".

#### **Octavo.**

Por diligencia de ordenación de fecha 20 de noviembre de 2017, se concedió el plazo de treinta días a las partes recurridas y personadas, dándoles traslado del escrito de interposición del recurso de casación, para que pudieran oponerse al recurso.

#### **Noveno.**

La representación procesal de la entidad Electricitat Boquet, S.L., presentó escrito en fecha 11 de diciembre de 2017, en el que alega que habiendo examinado el contenido argumental del recurso de casación formulado por la Generalidad de Cataluña no formula oposición a dicho recurso de casación, por compartir los motivos invocados, sin tener nada que oponer a los mismos, por lo que interesa que no se le tenga como parte recurrida a los efectos procesales oportunos.

#### **Décimo.**



La representación procesal de la entidad Sociedad Española de Construcciones Eléctricas S.A. (SECE), evacuó el trámite concedido mediante su escrito de oposición al recurso presentado en fecha 10 de enero de 2018, formulando los argumentos de contrario que consideró convenientes a su derecho, suplicando a la Sala dicte sentencia por la que, desestimando el recurso de casación, confirme la sentencia impugnada, todo ello con imposición de costas a la parte recurrente.

#### **Decimoprimer.**

La representación procesal de la entidad Sociedad Española de Construcciones Eléctricas S.A. (SECE) presentó escrito complementario de su escrito de oposición en fecha 26 de mayo de 2018, del que se dió traslado al resto de partes. Presentado sendos escritos de alegaciones por la representación procesal de la entidad Electricitat Boquet, S.L. y el Abogado de la Generalidad de Cataluña, la Sala acordó por providencia de 25 de junio de 2018 admitir el escrito de la representación procesal de la entidad Sociedad Española de Construcciones Eléctricas S.A. (SECE) en el que aportaba una sentencia al amparo del artículo 271.3 de la LEC , sobre cuyo alcance se resolverá en sentencia.

#### **Decimosegundo.**

Terminada la sustanciación del recurso, y llegado su turno, se señaló para deliberación, votación y fallo el siguiente día 15 de enero de 2019, fecha en la que tuvo lugar el acto, examinándose conjuntamente con el recurso de casación núm. 4323/2017, también interpuesto por la Generalidad de Cataluña en relación con el mismo expediente y la misma resolución de la Autoridad Catalana de la Competencia.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero. La cuestión litigiosa y la sentencia de instancia.**

El presente recurso de casación núm. 1396/2017 lo interpone el Abogado de la Generalidad de Cataluña contra la sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 20 de diciembre de 2016 , dictada en el recurso de dicho orden jurisdiccional seguido ante la misma bajo el núm. 163/2014, a instancia de la entidad Sociedad Española de Construcciones Eléctricas S.A. (SECE), contra resolución sancionadora dictada por el Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia de la Autoridad Catalana de la Competencia de fecha 10 de febrero de 2014.

La sentencia recurrida estima el recurso contencioso-administrativo promovido por la entidad mercantil SECE, que identificó una conducta colusoria prohibida por el artículo 1.1.a) de la Ley 15/2007 , declaró a dicha sociedad mercantil responsable de la anterior conducta, junto con la entidad Enllumenats Costa Brava, S.L. (ECB) y, al mismo tiempo, impuso a la recurrente una sanción de multa por importe de 335.000 euros, intimándola para cesar la conducta imputada y abstenerse en el futuro de incurrir en conductas similares.

En el recurso de casación núm. 4323/2017, esta Sala ha examinado la sentencia de 6 de abril de 2017 dictada en el recurso núm. 164/2014 interpuesto por la mercantil ECB contra la misma resolución de 10 de febrero de 2014 del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia de la Autoridad Catalana de la Competencia, en el mismo expediente sancionador 38/2011, y por los mismos hechos, imponiéndose a esta empresa una sanción de 32.000 euros.

Las cuestiones planteadas y los argumentos desplegados son sustancialmente los mismos, en particular los escritos de interposición del recurso de casación de la Generalidad de Cataluña son prácticamente idénticos. Así, resolvemos este recurso en los mismo términos que en la sentencia dictada en fecha 21 de enero de 2019 - recurso de casación núm 4323/2017 -. Y ello sin perjuicio de la mayor relevancia en este recurso de casación núm. 1396/2017 de los motivos de oposición planteados de forma subsidiaria por la entidad SECE y a los que nos referiremos en el fundamento de derecho quinto.

#### **Segundo. Sobre el objeto del presente recurso de casación.**



Antes de entrar a analizar las diferentes cuestiones que, conforme al auto de admisión de este recurso, presentan interés casacional, es preciso establecer los términos en los que se pronunció la sentencia de instancia y en los que se ha planteado el recurso de casación.

La resolución administrativa impugnada en la instancia impuso una sanción pecuniaria a las entidades SECE y ECB por una conducta contraria a la competencia. Dicha resolución consideró que la conducta analizada (intercambio de información económica de costes unitarios entre las empresas SECE y ECB que las permitió una propuesta económica global para presentar sus propuestas a una licitación pública) constituía una infracción por objeto de la competencia, pues tenía capacidad para alterar las condiciones de competencia en el mercado, en la medida en que reducía la independencia de los operadores y, en consecuencia, sus incentivos para competir.

La sentencia impugnada estimó el recurso contencioso administrativo, interpuesto por SECE, por entender que no bastaría con que una conducta tenga por objeto restringir la competencia, sino que es necesario delimitar el mercado afectado por la infracción y acreditar, además, los efectos de dicha conducta en el juego de la competencia.

El Tribunal de instancia consideró acreditado que dichas entidades intercambiaron información dirigida a la preparación de sus respectivas ofertas para la licitación, a la que las dos empresas concurren, y que este intercambio afecta a algo más que una información histórica no determinante, considerando que SECE transfería a su sociedad participada ECB información determinante para formular su oferta.

En base a estos hechos probados la sentencia impugnada consideró acreditado que "la información referida a las ofertas económicas tiene un carácter estratégico" y "puede constituir por sí misma una infracción objetiva". Conclusión esta que, por otra parte, es conforme a la jurisprudencia de este Tribunal Supremo y del TJUE. Como ya sostuvimos en nuestra sentencia de 25 de julio de 2018 (recurso núm. 2917/2016), "el intercambio de información entre empresas competidoras puede suponer una "práctica concertada", pues el conocimiento de una información relevante de la empresa competidora puede sustituir los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas. Así, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entre otras la sentencia de 4 de junio de 2009, (asunto C-8/08, T-Mobile, par. 26.) de 19 de marzo de 2015 (asunto C-286/13, Dole Food, par. 126 y siguientes), y sentencia de 8 de julio de 1999 (asunto C-49/92, P, Polypropylene, par. 115), entiende por "práctica concertada": "una forma de coordinación entre empresas que, sin haber desembocado en la celebración de un convenio propiamente dicho, sustituye conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas".

Así mismo, sostuvimos que:

"El intercambio de información entre competidores sobre precios individualizados de los productos que comercializan, que incluya datos no públicos, permite disponer de una información privilegiada que disminuye los riesgos y facilita la adaptación de su conducta al mercado. Es cierto que no toda actuación en paralelo de los competidores en el mercado es atribuible necesariamente a que éstos hayan concertado sus comportamientos con un objetivo contrario a la competencia, pero ha de considerarse que tiene un objetivo contrario a la competencia un intercambio de información que puede eliminar la incertidumbre en el comportamiento de las partes. De modo que el resultado colusorio se produce aun cuando a la vista de la información del competidor no se modifique el comportamiento ni se incida sobre los precios previos, si la información intercambiada tiene la virtualidad de generar la seguridad de que existirá un escenario estable y no se corre el riesgo de perder cuota de mercado, disminuyendo, por tanto, sus incentivos para competir, sin que tampoco es necesario que exista una relación directa entre la práctica concertada y los precios finales aplicados al consumidor.

De hecho, las propias directrices horizontales invocadas por la parte recurrente consideran como información estratégica que produce efectos restrictivos en la competencia y reduce la independencia de las partes para tomar decisiones la información referida a precios (precios reales entre otros [...]) añadiendo que "generalmente, la información relativa a precios y cantidades es la más estratégica, seguida por la información sobre los costes y la demanda". Es más, en esas mismas directrices se considera que tienen mayor incidencia restrictiva sobre la competencia los intercambios de datos individualizados, la información actual o futura y los datos no públicos".

Y en similares términos el TJUE en el asunto Dole Food (sentencia de 15 de marzo de 2015, C-286/13, ECLI: EU: 2015:184, apart. 122): sostuvo que "[...] tiene un objetivo contrario a la competencia un intercambio de información que pueda eliminar la incertidumbre que sigue existiendo entre las partes [...]".

El objeto del debate no se centra, por tanto, en determinar si nos encontramos o no ante una infracción por el objeto, cuestión esta que el tribunal de instancia consideró acreditada a la vista de la relevancia de la



información económica intercambiada entre las empresas (información sobre precios y costes en el marco de una licitación pública, coordinando así las condiciones económicas de sus ofertas con el fin de eliminar la incertidumbre sobre su comportamiento como operadores económicos independientes en la presentación de ofertas y reduciendo sus incentivos para competir en el ámbito de la licitación pública restringiendo de esta forma la competencia). La controversia casacional se centra, y así lo pone de manifiesto el auto de admisión, en determinar si en las llamadas infracciones por el objeto, a la que se refiere el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la concreción del mercado afectado constituye o no un elemento necesario para la tipificación de la conducta; y cómo ha de interpretarse, en tal sentido, la referencia del punto 72 de las "directrices" al "contexto jurídico y económico del intercambio en cuestión"; y si en las mencionadas infracciones por el objeto, además de la acreditación de la existencia del intercambio de información, es también necesario, para afirmar la existencia de la infracción, verificar por añadidura la producción de efectos perjudiciales reales de tal conducta sobre la competencia, teniendo en cuenta a estos efectos lo dispuesto en el punto 75 de las citadas "directrices".

**Tercero.** *Sobre la necesidad de concretar el mercado afectado y los efectos perjudiciales para el mercado en las infracciones por objeto.*

La sentencia de instancia, tras afirmar que la conducta analizada puede constituir por sí misma una infracción objetiva, considera que para poder sancionar esta conducta era necesario analizar el impacto que la misma tiene sobre el mercado para lo cual es necesario previamente identificar el mercado afectado. Argumenta en tal sentido que el intercambio de información realizado no es significativo a los efectos de distorsionar el mercado (se ha limitado a una concreta operación no especialmente importante en el sector afectado); y que el intercambio de información realizado no tenía mucha capacidad para cambiar las cosas, (pues la influencia en la media de las ofertas era escasa si se cuenta que hubo 11 licitadores, aparte de que el peso de la oferta económica se limitaba al 50% de la valoración).

Por ello, concluye "aunque haya de considerarse que el intercambio de información sobre ofertas económicas constituye una práctica inicialmente colusoria, en este caso no se ha acreditado el segundo aspecto que integra el ilícito imputado y que es la capacidad de dicho intercambio para impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional, aunque sea de forma potencial".

Y es este el contexto en el que han de ser analizadas las cuestiones planteadas en el auto de admisión y las alegaciones planteadas en el recurso de casación:

1º La sentencia recurrida no interpreta de modo correcto el artículo 1.1.a) LDC, a la luz del artículo 101 TFUE, al afirmar que la acreditación de los efectos constituye un elemento necesario para la tipificación de las conductas por objeto.

2º Infringe los artículos 1.1 y 64.1 LDC y el artículo 101 TFUE al considerar la definición del mercado relevante como un elemento necesario del tipo sancionador en un intercambio de información, pues pese a considerar que se trata de una infracción por objeto considera necesario "constatar una afectación al mercado".

Debe partirse de que 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 Hungaria 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.

La sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2014, (Groupement de cartes bancaires, C-67/13 P, apart. 49), sostuvo que "En ese sentido, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se sigue que algunos tipos de coordinación entre empresas revelan un grado de nocividad para la competencia suficiente para que pueda considerarse innecesario el examen de sus efectos [...]".

Y en este mismo sentido ya la STS de 9 de diciembre de 2015 (recurso núm. 978/2014) sostuvo que:

"Es cierto que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia afirma que la prohibición de prácticas colusorias comprende únicamente las restricciones sensibles de la competencia (entre otras en sus sentencias de 30 de junio de 1966, LTM/MBU y 23 de noviembre de 2006, Asnef-Equifax (C-238/05, apartado 50, y de 2 de abril de 2009, Pedro IV Servicios (C-260/07, Rec. p. I-2437), apartado 68). Y esta apreciación se realiza tanto respecto de los acuerdos entre empresas con "objeto" contrario a la competencia como respecto de aquéllos con "efectos" contrarios a la competencia (Sentencias de 24 de octubre de 1995, Bayerische Motorenwerke (C-70/93). Dicho en otras palabras, el requisito de la restricción sensible se aplica en principio tanto a las medidas que tengan por objeto como a las que tengan por efecto restringir la competencia.

Ahora bien, la prueba de esa afección sensible sobre la competencia no puede ser la misma en las "infracciones por objeto" y las "infracciones por efecto", pues únicamente cuando no existen indicios suficientes para apreciar la existencia de una "infracción por objeto" se exige que se acrediten los efectos concretos de un acuerdo contrarios a la competencia. 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.

Esta diferencia en materia de prueba reside en el hecho de que determinadas formas de restricción de la competencia, siendo estas por el objeto, pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia. Así la STJUE de 13 de diciembre de 2012 (Asunto C-226/11) afirma que "el Tribunal de Justicia ha declarado 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 de 20 de noviembre de 2008, Beef Industry Development Society y Barry Brothers, C-209/07, Rec. p. I-8637, apartado 17, y de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, Rec. p. I-4529, apartado 29). Los acuerdos con objeto contrario a la competencia son per se perjudiciales para el mercado y difícilmente pueden ser considerados como infracciones de "escasa importancia". De modo que las empresas que alcancen un acuerdo con un objeto contrario a la competencia siempre persiguen una restricción sensible de la competencia,



independientemente de la importancia de sus cuotas de mercado, de sus volúmenes de operaciones y de la existencia de otras empresas competidoras capaces de suministrar estos productos".

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-519/06 P, EU:C:2009:610 , apartado 55).

Así mismo lo ha reconocido la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, que en su sentencia de 26 de junio de 2017 (recurso núm. 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 sentencia de 1 de marzo de 2018 -recurso núm. 563/2015-, 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.

Tampoco es posible alcanzar una conclusión contraria, tal y como hace la sentencia de instancia, con base a las Directrices de la Comisión Europea sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE en los acuerdos de cooperación horizontal. El Tribunal de instancia razona al respecto que, conforme a dichas Directrices, la transferencia de información relativas a las intenciones individuales de las empresas sobre su conducta futura en cuanto a los precios debe ser considerada como una restricción de la competencia por el objeto, pero, de conformidad con el apartado 75 de las Directrices, interpreta que la prohibición y la sanción que nos ocupa requiere, en todo caso, que se pueda constatar una afectación en el mercado.

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 sentencias del TJUE 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.

Pero, en todo caso, tales directrices en cuanto recogen los criterios fijados por la jurisprudencia pueden ser tomados en consideración como un instrumento útil de interpretación en la materia. Si bien la referencia que el



tribunal de instancia realiza al apartado 75 de las Directrices Horizontales no puede convertirse en un argumento que apoye su tesis, pues las consideraciones realizadas en dicho apartado aparecen referidas a los intercambios de información prohibidos en razón de sus efectos. El intercambio de información por el objeto se menciona en el apartado 74, en el que se afirma, con apoyo en la jurisprudencia del TJUE existente, que "Así pues, los intercambios entre competidores de datos individualizados sobre los precios o cantidades previstos en el futuro deberían considerarse una restricción de la competencia por el objeto a tenor del artículo 101, apartado 1", por ello en este tipo de infracciones por el objeto no constituye un argumento válido para excluir la antijuricidad de la conducta el que no haya tenido efectos sobre el mercado por tratarse de una conducta aislada que no se repitió en otras licitaciones y que SECE habría continuado ganando la licitación, si se depurasen los efectos de la colusión.

**Cuarto. Doctrina jurisprudencial que se establece en respuesta a las cuestiones planteadas en el auto de admisión del recurso de casación.**

Trasladando esa interpretación al presente recurso, las razones que hemos expuesto llevan a concluir que 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.

**Quinto. Retroacción de actuaciones.**

La estimación de este recurso de casación por los motivos expuestos determina la anulación de la sentencia.

Consideramos procedente aplicar aquí la previsión contenida en el artículo 93.1, último inciso, de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio), que permite, cuando se justifique su necesidad, que la sentencia que resuelve el recurso de casación ordene la retroacción de las actuaciones y su devolución al órgano judicial de procedencia.

Y en este caso consideramos justificada tal devolución, dado que la estimación de la alegación consistente en que la conducta enjuiciada no tuvo incidencia en el mercado determinó la estimación del recurso de instancia sin que el tribunal "a quo" entrase a conocer de los restantes motivos de impugnación esgrimidos en la demanda, referidos al elemento subjetivo de la infracción y la existencia del vínculo jurídico entre las empresas SECE y ECB -no serían, se alega, sociedades independientes-, al elemento de la culpabilidad, la cuantificación de la sanción y su modulación a la luz del principio de proporcionalidad, especialmente invocando su carácter desproporcionado (335.000 euros) a la vista del presupuesto total de las licitaciones (131.331,54 euros) y el eventual beneficio que podía obtener SECE como consecuencia de la ejecución del contrato de mantenimiento y conservación del alumbrado público de Canovelles (SECE cuantificó los beneficios entre 5.000 y 10.000 euros anuales, lo que no habría sido cuestionado por la Autoridad Catalana de la Competencia ni por el Abogado de la Generalidad ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña), apareciendo claramente excesiva la sanción, a juicio de la actora en la instancia.

Estas cuestiones no han formado parte del debate suscitado en casación -más allá de su planteamiento con carácter subsidiario únicamente por la sancionada y recurrida en el punto III de su escrito de oposición- pero, lógicamente, no han sido objeto de especial atención por el Letrado de la Generalidad, a la vista de los términos y del ámbito delimitado por la sentencia recurrida y el auto de admisión. Dichas consideraciones, los argumentos en que se apoyan y los hechos sobre los que recaen, exigen una valoración de hechos y de las pruebas existentes que le corresponde realizar al tribunal de instancia.

También la hipotética incidencia de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de mayo de 2018 -asunto C-531/16 "Specializuotas transportas"- aportada por SECE en sede casacional y con el ya reseñado escrito complementario al de oposición -vid. antecedente de hecho decimoprimer y los correspondientes escritos de alegaciones de las partes- formulado con carácter subsidiario -se refiere al punto III de su escrito de oposición- al pretender la estimación del recurso en la instancia en cuanto a la acreditación de la infracción del artículo 1 de la LDC para el caso de que se estime, como así ha sido, el recurso de la Autoridad Catalana de la Competencia. Y deben, reiteramos, valorarse los argumentos invocados por SECE ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.



## Sexto. Costas.

Por todo lo expuesto procede estimar el recurso de casación sin que haya lugar a imponer las costas causadas en casación al no apreciarse temeridad o mala fe ( art. 93.4 de la LJ ).

## FALLO

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

1) Estimar el recurso de casación interpuesto por la Generalidad de Cataluña contra la sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 20 de diciembre de 2016, dictada en el recurso núm. 163/2014 , contra resolución sancionadora dictada por el Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia de la Autoridad Catalana de la Competencia, casando y anulando la sentencia y retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a la votación y fallo para que la Sala de instancia, tomando en consideración la doctrina fijada en esta sentencia, resuelva el resto de las cuestiones planteadas en la demanda de instancia.

2) No hacer expresa imposición a ninguna de las partes de las costas causadas en casación. Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas D<sup>a</sup>. Maria Isabel Perello Domenech

D. Diego Cordoba Castroverde D. Angel Ramon Arozamena Laso

D. Fernando Roman Garcia

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.