

Uniones temporales de empresas y acuerdos de cooperación horizontal en materia de competencia

Grupo de Contratos del Sector Público

Gómez-Acebo & Pombo Abogados

La unión temporal de empresas es una forma específicamente admitida para determinadas licitaciones públicas, pues permite, con una duración limitada en ocasiones a la vigencia del contrato, integrar capacidades y solvencia diversas, facilitando la participación en el mercado de la contratación pública de pequeñas y medianas empresas y con ello, mejorando la competencia. Sin embargo, en ocasiones, las circunstancias que rodean un determinado concurso y las características de las empresas en UTE pueden presentar indicios de prácticas concertadas.

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo ha dictado la reciente Sentencia 1011/2021, de 15 de marzo de 2021, en la que analiza un supuesto de acuerdo de cooperación horizontal para el reparto del mercado entre varias empresas constituidas en uniones temporales, en la que aborda una exposición de la relevante doctrina jurisprudencial aplicable en la materia.

El asunto trae causa de la resolución de 9 de febrero de 2016 (expediente n.º 57/2014, Fisisión) de la Autoridad Catalana de la Competencia, por cuya virtud impuso una sanción a la empresa E.S.A. y a otras tres entidades mercantiles como responsables de una conducta constitutiva de infracción del artículo 1.1. c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC).

Considera la resolución referida que las empresas sancionadas habían 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 resolución se funda en el **convencimiento** de que la actuación empresarial era **constitutiva de una práctica ilícita** en la medida en la que los indicios que rodeaban la licitación referida sugerían – a juicio de la Autoridad de la Competencia- que la constitución de la Unión Temporal de Empresas por parte de las empresas imputadas respondía a una voluntad de **concurrir conjuntamente para evitar riesgos derivados de la competencia en el mercado**.

Contra tal sanción se interpuso recurso contencioso administrativo¹, resuelto por la sentencia n.º 812/2019, de 15 de octubre, de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del **Tribunal Superior de Justicia de Cataluña**, que estimó la pretensión y por ello, **anuló la sanción impuesta**². Las razones de la anulación no se fundan en la contradicción de la vulneración legal – del artículo 1 LDC – alegada por la Autoridad Catalana de la Competencia, sino en el análisis de las circunstancias que rodearon la licitación, los hechos y datos relativos a las empresas y el mercado y el contexto en el que se produjo la actuación sancionada. No puede perderse de vista que tanto el artículo 1 de la LDC como el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) contemplan, en sus respectivos apartados 3, una serie de excepciones a las prohibiciones previstas en ambos preceptos.

Formulado recurso de casación por la Autoridad Catalana de la Competencia y por la entidad empresarial E.S.A.³, el Tribunal Supremo ha conocido del asunto, centrando el objeto de la

¹ Recurso contencioso- administrativo 173/2016.

² Las otras tres empresas sancionadas 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.

³ Los recursos formulados por las otras tres empresas 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 (recursos de casación 1363/2020, 2040/2020 y 3333/2020)

controversia en la interpretación de los artículos 1.3 de la Ley de Defensa de la Competencia⁴ y 101.3 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁵, 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.

Advierte, sin embargo, que lo que se discute no es, en puridad, la interpretación de los artículos y disposiciones referidas, sino la valoración de los hechos contenida en la Sentencia. Ello es así porque habiendo entendido la Autoridad Catalana de la Competencia que existió una infracción del Derecho de la competencia por objeto, la Sentencia del TSJC anuló la sanción sin negar lo anterior, centrándose en las circunstancias concurrentes cuando se llevó a cabo la conducta controvertida y sus efectos en el mercado. Es decir, que la sentencia controvertida se fundamenta también en los artículos 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y 101 del TFUE, así como en la jurisprudencia que los interpreta y aplica, sin que en casación ninguna de las partes los cuestione. Lo que se discute en casación – y así lo señala el Tribunal Supremo – es la **valoración que en la sentencia recurrida se hace de los datos y circunstancias que rodearon la actuación sancionada.**

Por ello la Sentencia 1011/2021, del Tribunal Supremo concluye que 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,

⁴ El artículo 1 regula las conductas colusorias, prohibiendo 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, las que enumera; añadiendo el apartado 2 la nulidad de pleno derecho como sanción derivada de la prohibición. Sin embargo, el apartado 3 enumera una serie de excepciones, señalando que 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. El apartado 4 extiende la exención 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.

⁵ El artículo regula en su apartado 1 los acuerdos y decisiones incompatibles con el mercado interior, que serán, por así disponerlo el apartado 2 del mismo artículo, nulos de pleno derecho. El apartado 3 en cambio establece que las prohibiciones 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.

declara no haber lugar al recurso de casación, sin que para ello resulte necesario modificar, completar ni matizar la jurisprudencia reseñada en el fundamento jurídico tercero.

Es esta jurisprudencia la que merece citar aquí, pues diferencia tres cuestiones diversas de gran interés doctrinal:

A) La distinción jurisprudencial entre las “infracciones por objeto” y las “infracciones por efecto” en el ámbito del Derecho de la Competencia, distinción que deriva de la configuración legal y del tenor literal de los artículos 1 LDC y 101 TFUE, que prohíben todo acuerdo que “tenga por objeto, produzca o pueda producir”.

La distinción entre ambas se ha abordado en numerosas sentencias (a título ejemplificativo la STS n.º 43/2019, de 21 de enero, casación 4323/2017 y la STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-32/11, y reside en que **determinadas formas de colisión entre empresas** pueden considerarse, por su propia naturaleza, **perjudiciales** para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia.

Ambos requisitos tienen, sin embargo, **carácter alternativo**, lo que lleva a considerar primero el objeto mismo del acuerdo; y si el análisis de las cláusulas del acuerdo no revela un grado suficiente de nocividad respecto de la competencia, es necesario entonces examinar los efectos del acuerdo.

Este carácter alternativo es además **excluyente** en la medida en la que, si se concluye que se está ante una infracción por el objeto, entonces no se precisa establecer los efectos negativos que la conducta infractora ha tenido o puede tener sobre el mercado.

B) Los efectos de las Directrices y las Comunicaciones de la Comisión en materia de Derecho europeo de competencia⁶

Recuerda que 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 nacionales⁷, sin perjuicio de poder ser tomadas en consideración como un instrumento útil de interpretación en la materia.

C) Interpretación jurisprudencial del artículo 101.3 TFUE

⁶ 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),

⁷ STJUE de 14 de junio de 2011, Pflaiderer (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.

Como resulta de lo expuesto con anterioridad, las prohibiciones establecidas en apartados 1 del artículo 1 LDC y 101 TFUE admiten excepciones, respecto de cuyo significado y alcance existe un notable cuerpo de doctrina jurisprudencial del TJUE⁸. De conformidad con ésta, para determinar la adecuación o disconformidad de una conducta con el Derecho de la Competencia -a los efectos de dar operatividad a la excepción prevista en el artículo 101.3 TFUE -, es necesario que se cumplan acumulativamente cuatro requisitos:

- 1) que el acuerdo contribuya a mejorar la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico;
- 2) que los consumidores participen de forma equitativa en el beneficio resultante;
- 3) que no se impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos, y,
- 4) 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.

⁸ Sentencia n.º 1375/2018, de 17 de septiembre (casación 2452/2017, FF.JJ. 8º y 9º).

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S. L. P. está integrado por Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Juan Santamaría Pastor, Pilar Cuesta de Loño, Irene Fernández Puyol y Miguel Ángel García Otero.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma (jlpalma@ga-p.com) o al Área de Derecho Público, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S. L. P., Paseo de la Castellana 216, Madrid – 28046 (tel.: 915 829 204)

©Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P. Los derechos de propiedad intelectual sobre el presente documento pertenecen a Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P. No puede ser objeto de reproducción, distribución, comunicación pública incluida la puesta a disposición a través de internet, o transformación, en todo o en parte, sin la previa autorización escrita de Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P.