



Roj: **STS 3398/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3398**

Id Cendoj: **28079130032018100367**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **17/09/2018**

Nº de Recurso: **2452/2017**

Nº de Resolución: **1375/2018**

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

Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 4953/2016,**  
**ATS 7320/2017,**  
**STS 3398/2018**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Tercera**

#### **Sentencia núm. 1.375/2018**

Fecha de sentencia: 17/09/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 2452/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/06/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado

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

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

Transcrito por: MDC

Nota:

R. CASACION núm.: 2452/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado

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

TRIBUNAL SUPREMO

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Tercera**

#### **Sentencia núm. 1375/2018**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, presidente

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

En Madrid, a 17 de septiembre de 2018.

Esta Sala ha visto el presente recurso de casación núm. 2452/2017, interpuesto por el Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, representado por el procurador de los tribunales D. Alberto Collado Martín, bajo la dirección letrada de D. Julián Sánchez Esteban, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 14 de diciembre de 2016, dictada en el recurso de dicho orden jurisdiccional seguido ante la misma bajo el núm. 347/2013, a instancia del mismo recurrente, contra resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, que impone sanción por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC); ha sido parte recurrida el Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta de la Administración General del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- En el recurso contencioso-administrativo núm. 347/2013 seguido en la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, con fecha 14 de diciembre de 2016, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«FALLO: Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso contencioso administrativo nº 347/2013 promovido por el COLEGIO DE INGENIEROS DE CAMINOS, CANALES Y PUERTOS representado por el Procurador D. Alberto Collado Martín, contra la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia dictada en fecha 4 de junio de 2013, recaída en el expediente S/0356/11 Tecniberia y Colegio de Ingenieros de Caminos, que impone la sanción de multa por importe de 200.000 euros y, en consecuencia, se confirma al ser ajustada a derecho».

**SEGUNDO.**- El procurador de los tribunales D. Alberto Collado Martín, en nombre y representación del Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, presentó con fecha 24 de febrero de 2017 escrito de preparación del recurso de casación.

**TERCERO.**- Habiendo dictado el Tribunal de instancia auto de fecha 28 de abril 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 17 de mayo de 2016.

**CUARTO.**- El Abogado del Estado, en la representación que le es propia y por ley ostenta, ha comparecido y personado ante este Tribunal Supremo en calidad de parte recurrida, formulando en su escrito de personación presentado el 22 de junio de 2016, su oposición a la admisión del recurso de casación de acuerdo con la posibilidad prevista en el artículo 89.6 de la LJCA.

**QUINTO.**- 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 20 de julio de 2017:

«1º) Admitir el recurso de casación número 2452/2017, preparado por el Procurador de los Tribunales D. Alberto Collado Martín en nombre y representación del COLEGIO DE INGENIEROS DE CAMINOS, CANALES Y PUERTOS contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 4 de junio de 2013 por la que se impuso a la citada entidad una sanción de multa de 200.000 euros por la comisión de una infracción del artículo 1.1. a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

2º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar si una conducta consistente en la elaboración y publicación reiterada de trabajos y estudios sobre la estructura de costes y precios de un determinado sector por parte de un Colegio profesional y una asociación empresarial, es contraria a la libre competencia o se encuentra amparada, en atención a los objetivos perseguidos, por la excepción prevista en el apartado 3 del artículo 101 TFUE en relación con los apartados 1 y 2 del artículo 3 del Reglamento (CE) 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, y la jurisprudencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la materia.



3º) Se ordena publicar este auto en la página *web* del Tribunal Supremo.

4º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

5º) 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».

**SEXTO.-** Admitido el presente recurso de casación y remitidas las actuaciones a la Sección Tercera de esta Sala, por diligencia de ordenación de fecha 20 de septiembre 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 3 de octubre 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:

«1º) Que con estimación del presente recurso de casación se anule la Sentencia impugnada, con imposición de las costas del recurso a la parte recurrida.

2º) Que como consecuencia de la estimación del recurso de casación y la consiguiente anulación de la sentencia impugnada, el Tribunal Supremo se sitúe en la posición procesal propia del tribunal de instancia, y entre al examen del fondo del asunto, procediendo a la resolución del litigio en los términos en que quedó planteado el debate procesal en la instancia.

3º) Que en consecuencia estime el recurso contencioso administrativo interpuesto por esta parte contra la Resolución de la CNC de 4.6.2013 en el expte. S/0356/11, TECNIBERIA Y COLEGIO DE INGENIEROS DE CAMINOS en los términos solicitados en el escrito de Demanda, condenando a la Administración al pago de las costas de la instancia».

**SÉPTIMO.-** Por diligencia de ordenación de fecha 16 de octubre de 2017, se concedió el plazo de treinta días al Letrado de la Junta de Extremadura, parte recurrida, dándole traslado del escrito de interposición del recurso de casación, para que pudiera oponerse al recurso, trámite que evacuó mediante su escrito de oposición al recurso presentado en fecha 27 de noviembre de 2017, formulando los argumentos de contrario que consideró convenientes a su derecho, suplicando a la Sala:

«con la tramitación legal correspondiente, resuelva este recurso por medio de sentencia que LO DESESTIME con la consecuencia de confirmar la sentencia recurrida».

**OCTAVO.-** Terminada la sustanciación del recurso, y llegado su turno, se señaló para vista pública el siguiente día 12 de junio de 2018, fecha en la que tuvo lugar el acto, terminando la deliberación en la sesión del pasado 17 de julio.

**NOVENO.-** Asume la ponencia del presente recurso el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, en sustitución del previamente designado, el Excmo. Sr. D. Ángel Arozamena Laso, que formula voto particular por discrepar del criterio de la mayoría.

**DÉCIMO.-** En el presente recurso se han guardado las prescripciones procesales legales, excepto la del plazo para dictar sentencia, a causa de la complejidad jurídica del asunto.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.- La sentencia de instancia y la cuestión litigiosa.**

Es objeto del recurso de instancia la resolución dictada por la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), en fecha 4 de junio de 2013, en el expediente sancionador S/0356/11, Tecniberia y Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos (CICCP) incoado por la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) que impone la sanción de multa por importe de 200.000 euros.

La sentencia de instancia, ahora combatida en casación, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el CICCP contra la resolución de la CNC de 4 de junio de 2013, por la que se acordó lo siguiente:

«PRIMERO.- Declarar que en este expediente ha resultado acreditada una infracción del Artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia consistente en una recomendación de precios, de la que son autores el Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos (CICCP) y la Asociación Española de Empresas de Ingeniería, Consultoría y Servicios Tecnológicos (TECNIBERIA).

SEGUNDO.- Imponer a los autores de la conducta infractora las siguientes multas sancionadoras:



Doscientos mil euros (200.000€) al Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos.

Doscientos mil euros (200.000€) a la Asociación Española de Empresas de Ingeniería, Consultoría y Servicios Tecnológicos.

TERCERO.- Intimar a los autores para que en lo sucesivo se abstengan de cometer prácticas como las sancionadas u otras similares que puedan obstaculizar la competencia.

CUARTO.- Instar a la Dirección de Investigación para que vigile el cumplimiento íntegro de esta Resolución».

La sanción así impuesta se basó en que a juicio de la CNC las entidades sancionadas habían desarrollado una recomendación colectiva de precios con aptitud para distorsionar la competencia en el ámbito de la ingeniería civil, al elaborar y publicitar unos estudios sobre los costes y estructura tarifaria de las empresas del sector y sobre los métodos de cálculo de precios, con el objetivo de establecer un estándar de costes de la actividad y, a partir de ello, disponer de una metodología de cálculo de los precios que asegurase el beneficio y evitase las bajas temerarias y, con ello, además, reforzar su capacidad de negociación frente a los clientes, tratando de preservar un margen de beneficio y evitando, según sus propios términos, "tendencias deflacionistas".

Reseñaremos aquí los hechos que recogen la resolución impugnada y la sentencia recurrida:

«3.- Por lo que se refiere a las publicaciones difundidas, la DI entendió que el Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos y TECNIBERIA han elaborado o colaborado en la realización de determinados trabajos sobre los costes y estructura tarifaria de las empresas del sector que posteriormente han publicado y difundido y que fueron:

- Publicaciones de 2006: El folleto "*Las crecientes bajas en los concursos de ingeniería*" (folios 311-312) aportado por el CICCIP y publicado en septiembre de 2006 cuyo contenido es similar al folleto "*La calidad y el justo precio en los trabajos profesionales de ingeniería*" (folios 418-423). Este segundo folleto ha estado disponible en la Web del CICCIP, hasta al menos el 5 de junio de 2012.

- Publicaciones de 2007:

a) CICCIP y TECNIBERIA encargaron un trabajo de investigación a la consultora Deloitte sobre estructura de costes de las empresas de consultoría e ingeniería, denominado "*Determinación de bases de referencia para el cálculo de las tarifas del Sector*" (folios 358-385). Con los resultados de este informe se publicó un folleto díptico titulado "*Determinación de bases de referencia para el cálculo de las tarifas del sector de la ingeniería*" (folios 280, 283-284 y 354, 386-388). Y en este folleto se refleja que el objetivo del Informe de Deloitte es "determinar la estructura tarifaria de las empresas del sector a partir de la estructura de costes, mediante encuestación de las empresas asociadas de TECNIBERIA (...)."

b) Cuaderno nº 6 publicado por el CICCIP "*Los costes en el ejercicio de la consultoría e ingeniería de proyecto*", noviembre de 2007 y actualización de enero de 2010.

-Publicaciones en 2009:

a) Cuaderno nº 18 publicado por el CICCIP en el que se recogen los datos facilitados por TECNIBERIA en relación con los resultados de varias encuestas realizadas a sus asociados. Y en consecuencia en dicho cuaderno se recoge una tabla con una estimación de los niveles salariales de las distintas categorías de ingenieros preparada por los servicios técnicos de TECNIBERIA sobre la base de la información que contenía el Cuaderno 6 (folios 355-356).

b) Publicación de TECNIBERIA "*Los costes unitarios de los profesionales en las empresas de ingeniería*" (folios 389-406) de enero de 2010 que también se denomina encuesta 2009 (folio 390) y en la que TECNIBERIA reconoce en referencia a la actualización del cuaderno nº 6, que "recientemente el Colegio ha publicado una actualización para la que ha contado como dato de partida con la encuesta salarial que Tecniberia ha realizado entre sus asociados" y en la que también afirma, al igual que en el cuaderno nº 18, que "Tecniberia realiza periódicamente encuestas entre sus empresas del sector de la ingeniería civil asociadas con objeto de conocer los costes salariales de mercado que se están aplicando. La última de estas encuestas se ha llevado a cabo el año 2009, y con ella se pretende obtener, no sólo los costes actuales de mercado para los distintos profesionales, sino, además, corroborar y afinar la estructura de costes aplicables a los trabajos de ingeniería civil...".

- Publicaciones de 2010:

a) Informe y resumen ejecutivo "*Los costes unitarios de los profesionales en las empresas de ingeniería*" (folios 389-406) de enero de 2010. La participación del CICCIP en estos documentos queda recogida en las portadas de los mismos donde junto al logotipo de TECNIBERIA aparece el del CICCIP. Asimismo, en el preámbulo del



informe se indica "Tanto por su contribución a la redacción del mismo como por su identificación con los datos que en el se ofrecen, Tecniberia agradece el trabajo realizado por el CICCPC y realiza esta edición para contribuir a su mayor difusión entre las empresas, profesionales y clientes del sector de la ingeniería" (folio 391).

b) En enero de 2010 se publicó el cuaderno nº 18 para la ordenación del ejercicio profesional del CICCPC denominado "Los costes unitarios de los profesionales que intervienen en la redacción de proyectos y asistencias técnicas para la construcción de obras civiles" indicando que para su elaboración se partía de los documentos de 2007 y la encuesta de 2009 realizada por TECNIBERIA.

c) Actualización del cuaderno nº 6, en abril de 2010. El CICCPC difundió los cuadernos nº 6 y nº 18 a través de su página Web.

La CNC, a la vista de esas publicaciones, concluyó que tanto TECNIBERIA como el Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos establecieron un método para la elaboración de presupuestos a partir del cálculo de costes indicando cómo debían fijarse los precios de los servicios que prestaban los profesionales de las empresas de ingeniería, de forma que se mantuviera un beneficio del 6% (Cuaderno nº 18, enero de 2010 e informe "Los costes unitarios de los profesionales en las empresas de ingeniería" o del 10% (Cuaderno nº 6, noviembre de 2007 y abril de 2010), y el intervalo en el que los precios podían oscilar, cuantificando en un 15% las bajas que debían reputarse temerarias, además de señalar cuáles serían los precios "razonables" de licitación y su posible dispersión».

La corporación colegial recurrente, por el contrario, argumentaba que los documentos elaborados por el Colegio no suponían una recomendación indirecta de precios dirigidas a los colegiados, como así se calificó por la CNC. Al contrario -afirmaba-, perseguían una reforma del sistema y estaban dirigidos a la Administración, pues no eran más que muestra de la preocupación por la evolución a la baja de los precios en los concursos y por cómo afectaban dichos precios a la calidad de los proyectos de ingeniería, ya que entendía el Colegio actuante que los precios que había no permitían realizar los proyectos de ingeniería con una dedicación y calidad suficiente, y ello perjudicaba al interés público. Trataba, así pues, la corporación colegial de hacer propuestas a la Administración y crear un debate en el sector para promover una reforma de los concursos públicos. En definitiva, sostenía la parte demandante que no se trataba de una recomendación, sino de la elaboración de estudios o informes, a partir de los conocimientos técnicos de una consultora, con ulterior aplicación de datos obtenidos de fuentes públicas, para la transparencia y mejor conocimiento de los costes existentes en el sector.

La sentencia de instancia aquí impugnada, tras reseñar los antecedentes del caso, señala que contra la misma resolución sancionadora interpuso recurso contencioso-administrativo por separado Tecniberia, habiendo sido desestimado dicho recurso por sentencia de la misma Sala y Sección de 5 de junio de 2015, dictada en el procedimiento ordinario núm. 322/2013. Apunta la Sala que ambos recursos versan sobre el mismo objeto y plantean cuestiones semejantes, y por eso reproduce literalmente lo dicho en la sentencia ya dictada, para desestimar, en definitiva, y sin mayores consideraciones, el recurso promovido por la corporación colegial.

La fundamentación jurídica de aquella primera sentencia, que la ahora recurrida recoge y transcribe, gira en torno a la conocida distinción dialéctica entre infracciones "por objeto" y "por efecto". El Tribunal de instancia, valorando las circunstancias del caso, entiende que la actuación examinada constituye una "recomendación colectiva" incardinable en el concepto de infracciones por objeto, que existe como tal con independencia de su ausencia de seguimiento o su ausencia de efectos.

Añade la Sala que la conducta reprochada no constituye una conducta exenta en el sentido del artículo 1.3 de la Ley de Defensa de la Competencia, señalando, en tal sentido, lo siguiente (se transcribe a continuación lo que ahora interesa):

"mantiene la recurrente que de considerar su conducta constitutiva de infracción, se trataría de una conducta exenta al amparo del art. 1.3 de la LDC.

Dicho precepto dispone: "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."



En este supuesto la estandarización de costes y precios en los servicios de ingeniería civil no reporta eficiencias o, al menos, no se han acreditado ni tiene traslado o reflejo a los consumidores y presumir, como dice la resolución impugnada, que la iniciativa es necesaria para mejorar la comercialización o producción de bienes y servicios es tanto como dar a entender que sin ella las partes, empresarios, administración y empresas, no denotan interés por el resultado de sus trabajos.

Tampoco cabe acoger el argumento de que en la actuación de la actora no intervino ni dolo ni culpa al no perseguirse efecto anticompetitivo alguno [...].

Las actuaciones que son tipificadas por la Ley como infracción pueden ser realizadas tanto a título de dolo como de negligencia y en la actuación de la actora no se ha destacado la más mínima diligencia que le llevara a entender que estaba ante una conducta no amparada por la Ley, dado que la recomendación sobre precios se realizó a los propios profesionales. Dicha falta de diligencia con independencia de su intencionalidad le hace merecedora de sanción".

La sentencia de 5 de junio de 2015 (recurso núm. 322/2013) dictada en el recurso de Tecniberia no era entonces susceptible de recurso de casación, como así lo indicó la Audiencia Nacional al notificar la misma, por razón de la cuantía litigiosa (sanción de 200.000 euros). La sentencia de 14 de diciembre de 2016 (recurso núm. 347/2013 ahora impugnada y sustancialmente idéntica a la anterior que transcribe en su práctica totalidad por las razones de identidad allí expresadas, y en la que se impuso idéntica multa, está sometida a las nuevas reglas del recurso de casación que entraron en vigor el 22 de julio de 2016 y se ha admitido el recurso de casación, al desaparecer la limitación de cuantía para el acceso al recurso.

### **SEGUNDO.- La preparación del recurso de casación.**

Contra esta sentencia anunció el colegio demandante recurso de casación, aduciendo en el escrito de preparación, en síntesis:

- la sentencia impugnada infringe los artículos 24.1 y 120 de la Constitución, en relación con los artículos 33 y 67.1 de la Ley Jurisdiccional 29/1998 y 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por haber incurrido, por un lado, en falta de motivación -al resolver el recurso por remisión a una sentencia anterior dictada en el recurso interpuesto por Tecniberia contra la misma resolución sin tener, en cuenta, por tanto, las pruebas practicadas ante la Sala en este pleito-; y, por otro lado, en incongruencia omisiva, al no haber dado respuesta a varios de los motivos del recurso, en particular, la alegada infracción de la normativa y la jurisprudencia comunitarias.

- desde el punto de vista sustantivo se infringe por la sentencia el artículo 101 TFUE en relación con los apartados 1 y 2 del artículo 3 del Reglamento (CE) 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado en relación, así como la jurisprudencia comunitaria que se cita; en particular, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de febrero de 2000 (asunto *Wouters*, C-309/99) y la dictada en fecha de 13 de diciembre de 2012 (asunto *Consiglio Nazionale dei Geologi*, C-136/12). Según la Corporación colegial recurrente la infracción de la normativa y la jurisprudencia comunitaria citadas se habría producido, en primer lugar, por inaplicación. Esto es, a pesar de que, como se desprende de sus propias características -siempre al entender del Colegio recurrente-, la conducta sancionada entra en el ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE, pues se trata de una práctica de un colegio profesional que abarca todo el territorio nacional y, por ello, afecta a los intercambios intracomunitarios, la Sala no lo toma en consideración, más allá de señalar la diferencia, incluida en la resolución administrativa sancionadora, entre *infracción por objeto* e *infracción por efecto*.

- la sentencia no ha tenido en cuenta que el artículo 3.2 del Reglamento (CE) 1/2003 establece que la aplicación del derecho nacional de la competencia no puede conducir a la prohibición de los acuerdos que afecten al comercio entre los Estados miembros y que no sean contrarios al artículo 101 TFUE, circunstancia que, según alega, concurre en este caso. Señala al efecto que no toda conducta restrictiva de la competencia -entre ellas, la recomendación de precios u honorarios- está prohibida por el artículo 101 TFUE pues, como ha sostenido el Tribunal de Justicia, debe atenderse al contexto en que se adopta dicha recomendación, a si los efectos restrictivos que de ella derivan son inherentes al objetivo perseguido y a si la restricción es necesaria para conseguir tal objetivo. De la jurisprudencia citada se desprende, en resumen, que las publicaciones del CICCP no estarían sujetas a la prohibición del artículo 101 TFUE y, por tanto, tampoco podrían prohibirse por el artículo 1 LDC, dado que los estudios publicados perseguían un objetivo legítimo, tenían como destinataria a la Administración pública y proponían un nuevo modelo que fomentase la calidad de las obras públicas en beneficio de la Administración e, indirectamente, de los usuarios finales (en el marco de lo permitido por la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales).

- asimismo se infringe por la sentencia el artículo 130 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, en relación con el artículo



25 de la Constitución, por vulneración del principio de culpabilidad en el procedimiento sancionador; así como el artículo 131 de la Ley 30/1992 en lo relativo al principio de proporcionalidad y el artículo 64.3.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, por no haberse aplicado la atenuante prevista en dicho precepto, contradiciendo con ello otras decisiones de la propia Comisión Nacional de la Competencia así como las directrices de la Comisión Europea para el cálculo de multas (C-210) y la jurisprudencia del Tribunal General (entre otras, en sentencia de 16 de junio de 2011, asunto T-199/08).

### **TERCERO.- El auto de admisión del recurso de casación y la determinación de la cuestión dotada de interés casacional.**

El recurso de casación así anunciado ha sido admitido por auto de la Sección Primera de esta Sala Tercera de fecha 20 de julio de 2017, cuyo razonamiento jurídico segundo centra la cuestión litigiosa dotada de interés casacional en los siguientes términos:

«Comprobada, pues, la ausencia de impedimentos formales para la admisión del recurso de casación, procede determinar ahora si la cuestión litigiosa reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

Como hemos señalado en los antecedentes, el debate promovido en la instancia se refiere a adecuación de la sanción impuesta a las normas reguladoras del derecho de la competencia. Considera la Sala de instancia que ha quedado suficientemente acreditada la existencia de una recomendación colectiva tendente a limitar la competencia en la libre fijación de precios lo que constituye, con independencia de sus efectos, una práctica anticompetitiva. Práctica, además, que a juicio de la Sala no puede considerarse exenta con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.3 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, al no haberse acreditado que tal iniciativa de estandarización de costes y precios suponga una mejora en la producción o comercialización de los servicios que tenga reflejo en los consumidores.

Frente a ello, el Colegio profesional recurrente, aduce que la conducta sancionada puede considerarse exenta al amparo del artículo 3 del Reglamento (CE) 1/2003, de 16 de diciembre, del artículo 101 TFUE y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que los interpreta; perspectiva comunitaria que, a su entender, ha sido obviada por la Sala de instancia.

Conviene recordar que el artículo 101 TFUE, tras declarar la incompatibilidad y prohibición de todas aquellas conductas llevadas a cabo por empresas o asociaciones de empresas que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior -en particular, y en lo que aquí interesa, las consistentes en la fijación directa o indirecta de condiciones de transacción-, prevé en su apartado 3 que tales disposiciones 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 3 del Reglamento (CE) 1/2003 establece en su apartado 1 que «Cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros o los órganos jurisdiccionales nacionales apliquen el Derecho nacional de la competencia a los acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros a tenor de esa disposición, aplicarán también a dichos acuerdos, decisiones o prácticas el artículo 81 del Tratado. (...)»; y, en esos casos, señala el apartado 2: «2. La aplicación del Derecho nacional de la competencia no podrá resultar en la prohibición de acuerdos, decisiones o asociaciones de empresas o prácticas concertadas y que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros pero no restrinjan la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado, o que reúnan las condiciones del apartado 3 del artículo 81 del Tratado o que estén cubiertos por un reglamento de aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado (...)».

Teniendo en cuenta las disposiciones transcritas y las sentencias Wouters y Consiglio Nazionale dei Geologi que cita en su escrito, el Colegio de ingenieros recurrentes entiende que los trabajos y estudios difundidos no pueden calificarse como una práctica contraria a la Ley de Defensa de la Competencia puesto que se trata de una conducta no prohibida por el TFUE, destacando en este sentido que el objetivo de tales publicaciones era la consecución de una mejora de la calidad de los servicios prestados en el ámbito de la ingeniería civil, con la Administración como destinataria y con repercusión sobre el usuario final. En definitiva, si bien la actividad realizada puede tener efectos restrictivos de la competencia, no entra en el ámbito de la prohibición del artículo 101.1 TFUE al perseguir un objetivo legítimo y tratarse de una medida necesaria y limitada a la consecución de dicho objetivo que, por tanto, no puede prohibirse con arreglo a la Ley de Defensa de la Competencia».



A lo que añade a continuación, en el razonamiento jurídico tercero:

«[...] se trata de determinar si una conducta como la descrita, consistente en la elaboración y publicación reiterada de trabajos y estudios sobre la estructura de costes y precios de un determinado sector por parte de un Colegio profesional y un asociación empresarial, es contraria a la libre competencia o se encuentra amparada, en atención a los objetivos perseguidos, por la excepción prevista en el apartado 3 del artículo 101 TFUE en relación con los apartados 1 y 2 del artículo 3 del Reglamento (CE) 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, y la jurisprudencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea».

Y termina declarando que:

«la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar si una conducta consistente en la elaboración y publicación reiterada de trabajos y estudios sobre la estructura de costes y precios de un determinado sector por parte de un Colegio profesional y una asociación empresarial, es contraria a la libre competencia o se encuentra amparada, en atención a los objetivos perseguidos, por la excepción prevista en el apartado 3 del artículo 101 TFUE en relación con los apartados 1 y 2 del artículo 3 del Reglamento (CE) 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, y la jurisprudencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la materia».

#### **CUARTO.- El escrito de interposición del recurso de casación.**

Ya en el escrito de interposición, el Colegio recurrente comienza su exposición sobre el tema litigioso enfatizando que en virtud del artículo 3.1 del Reglamento (CE) 1/2003, el artículo 101 TFUE es de aplicación al presente caso. Eso es así porque -afirma- las prácticas objeto de investigación por la CNC abarcaban todo el territorio nacional, debido a la presencia nacional del CICCPC y de Tecniberia, y ocurre que a la luz de la jurisprudencia del TJUE, una práctica de un colegio profesional que se extiende a todo el territorio de un Estado miembro afecta a los intercambios intracomunitarios en el sentido del artículo 101 TFUE [sentencia Wouters (STJUE de 19.2.2000, asunto C-309/99, apdo. 95), entre otras que asimismo cita].

Dicho esto, argumenta la entidad recurrente que la sentencia impugnada confirma la conclusión alcanzada por la CNC consistente en que los estudios de costes elaborados por el CICCPC son una restricción de la competencia por objeto; pero -prosigue la recurrente su alegato- esta afirmación no tiene ningún sustento, es más, la actuación del Colegio no es ni siquiera contraria al artículo 101 TFUE y, por ende, al artículo 1 LDC.

Dice, así, la recurrente que para argumentar que nos encontramos ante una restricción por objeto la sentencia recurrida alude a supuestos que realmente no guardan relación con el presente caso. En cambio, sí que es aplicable la jurisprudencia del TJUE en la que se analiza la aplicación del artículo 101 TFUE a determinadas prácticas desarrolladas por colegios y asociaciones profesionales similares a los estudios de costes realizados por el CICCPC; especialmente la precitada sentencia Wouters, donde -señala la recurrente- se apunta que *"no todo acuerdo entre empresas ni toda decisión de una asociación de empresas que restrinjan la libertad de acción de las partes o de una de ellas están comprendidos necesariamente en la prohibición del artículo 85, apartado 1"* (hoy 101.1 TFUE); de manera que el TJUE entendió que para aplicar esa disposición *"a un caso concreto, debe tenerse en cuenta el contexto global en que se adoptó la decisión de la asociación de empresas de que se trate y en la que produce sus efectos, y más en particular, sus objetivos"*, por lo que hay que valorar igualmente *"si los efectos restrictivos de la competencia que resultan son inherentes a la consecución de dichos objetivos"* (apdo. 97).

Cita la parte recurrente otras sentencias del TJUE que, a su juicio, se sirven de razonamientos coincidentes con los de la tan citada sentencia Wouters, como la sentencia Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas (Sentencia de 28.2.2013, asunto C-1/12), en la que el TJUE analizó la compatibilidad del artículo 101 TFUE con determinadas normas del Colegio de expertos contables relativas a la homologación de acciones formativas que restringían el acceso de terceros al mercado. Siempre según la exposición del recurrente, el TJUE citó la jurisprudencia Wouters señalando que no toda decisión de una asociación de empresas que pueda restringir la competencia está comprendida necesariamente en la prohibición del artículo 101 TFUE; y aunque finalmente llegó a la conclusión de que la restricción tenía carácter desproporcionado, afirmó que la norma podría estar justificada al tener como objetivo garantizar la calidad de los servicios ofrecidos por los expertos contables en aras de una buena administración en materia de contabilidad de la empresa y de fiscalidad (apdo. 95).

Señala, pues, en definitiva, la corporación colegial recurrente, con base en la doctrina del TJUE, que determinadas conductas que podrían restringir la competencia en el sentido del artículo 101.1 TFUE, aun así podrían no estar prohibidas por dicho artículo en función del objetivo que persiguen y siempre que tengan carácter proporcionado; habiéndose aplicado esta jurisprudencia en particular a colegios profesionales o asociaciones que, como sucede con el CICCPC, persiguen fines de interés general.





Dicho lo cual, y dando un paso más en el razonamiento, añade la recurrente que la referida doctrina se ha considerado en particular aplicable a los casos de aprobación de normas similares a un baremo de honorarios; pues el TJUE ha establecido, tanto desde la perspectiva de las normas sobre mercado interior, como desde el punto de vista del Derecho de la competencia, que determinados baremos de honorarios podrían estar justificados y, en consecuencia, no estar prohibidos por el Tratado. Si esto es así -asevera la recurrente- para unos baremos, tanto más lo será para los estudios sobre costes aquí concernidos.

Invoca a tal efecto la Sentencia Cipolla (sentencia de 5.12.2006, asuntos acumulados C-94/04 y C-202/04), en la que -sostiene- el TJUE estableció que incluso un baremo que impone honorarios mínimos, que en principio tenía el efecto de impedir que abogados de otros Estados miembros pudieran competir con los nacionales, podría no estar prohibido por el Tratado. Siempre según la exposición de la recurrente, en esta sentencia el TJUE entendió que los honorarios podrían estar justificados en un contexto caracterizado por *"la presencia de un número extremadamente elevado de abogados inscritos y en ejercicio"*, lo que podía provocar que *"los abogados se vean incitados a practicar una competencia que pueda traducirse en ofrecer prestaciones mal pagadas, con el riesgo de que se deteriore la calidad de los servicios prestados"* (apdo. 67). Podía de esta manera entenderse que unos honorarios mínimos estarían justificados por perseguir los objetivos de protección de los consumidores y de buena administración de justicia, algo que tenía que ser valorado por el tribunal nacional (apdo. 69). Cita también la recurrente, en este mismo contexto, la sentencia dictada en el asunto Konstantinides (sentencia de 12.9.2013, asunto C-475/11), y asimismo la sentencia Consiglio nazionale dei geologi (sentencia de 18.7.2013, asunto C-136/12), que -afirma la recurrente- siguen la doctrina expuesta en la sentencia Wouters de tanta cita.

Recapitulando las consideraciones así expuestas, señala la recurrente que la jurisprudencia Wouters admite que una práctica como la del CICCIP, que podría afectar en cierta medida a los precios de los servicios, podía no ser una restricción por objeto, contrariamente a lo que se desprende de la sentencia que se recurre. Es más, la práctica podría ni siquiera estar prohibida por el artículo 101.1 TFUE si se cumplen estas condiciones:

- A) Debe tenerse en cuenta el contexto global en el que las prácticas del CICCIP se llevaron a cabo y, en particular, si persigue objetivos legítimos.
- B) Debe analizarse si la actuación es necesaria para garantizar el objetivo que se persigue.
- C) Finalmente debe comprobarse si la supuesta restricción va más allá de lo que se considera necesario.

Pasa a continuación el escrito de interposición a proyectar esta doctrina jurisprudencial sobre el caso, enfatizando que los documentos y estudios de costes que se tomaron en cuenta para sostener el reproche sancionador se elaboraron partiendo de la constatación de que la selección de las ofertas exclusivamente sobre la base del precio y la admisión de elevadas bajas ha afectado negativamente a la calidad de los trabajos y ha tenido repercusiones negativas muy evidentes en los costes de la ejecución de obras públicas en España, al haber generado constantes desviaciones de presupuesto y modificaciones en las obras públicas de ejecución de los proyectos. Insiste en que el objetivo del Colegio de Ingenieros era utilizar esos datos para hacer propuestas a la Administración y crear un debate en el sector para promover una reforma de los concursos públicos (para lo que se difundieron en su web). Se trataba, en última instancia -dice-, de garantizar la calidad de los proyectos, de forma que el precio de licitación no hiciera imposible que se le dedicase un tiempo suficiente a cada proyecto. Considera, por tanto, que con esta actuación el CICCIP perseguía objetivos legítimos en el sentido de la jurisprudencia Wouters: (i) analizar los costes de realizar un proyecto de ingeniería; y (ii) proponer una nueva metodología a la Administración para que los precios a los que se adjudiquen los concursos permitieran hacer proyectos de ingeniería de calidad.

Puntualiza la recurrente que los estudios de costes del CICCIP no restringieron la competencia más allá de lo necesario; pues se han limitado a presentar de forma abstracta y resumida algunos de los datos y variables a considerar para calcular la estructura de costes de un proyecto, de forma que la Administración pudiera tener una orientación general que le aproximase a la realidad económica cuando tenga que fijar un precio de licitación como referencia.

Señala, en fin, que la propia CNC y la misma sentencia de instancia reconocen que los estudios no tuvieron efectos, pues no se ha acreditado que fueran objeto de seguimiento ni que se adoptaran medidas para garantizar su cumplimiento.

Así pues, reitera que la doctrina Wouters tantas veces citada es aplicable a su caso, por cuanto que:

1º) Las actuaciones del CICCIP tenían un objetivo legítimo, consistente en trasladar a la Administración la necesidad de un cambio en el modelo de contratación pública. Esta conducta se llevó a cabo en un contexto en el que la contratación pública de proyectos de ingeniería presentaba serias deficiencias. Se trata, por tanto, de una actuación que persigue un objetivo legítimo;



2º) El CICCP consideró necesario reaccionar frente a la existencia de los mencionados problemas elaborando los estudios de costes.

3º) Finalmente la práctica no ha tenido efectos restrictivos que fueran más allá de lo necesario para cumplir con el objetivo pretendido.

Termina la recurrente su exposición señalando que no puede considerarse tampoco infringido el artículo 1 LDC, toda vez que el artículo 3.2 del Reglamento (CE) 1/2003 establece que la aplicación del Derecho nacional de la competencia no puede resultar en la prohibición de los acuerdos que afecten al comercio entre los Estados miembros y que no sean contrarios al artículo 101 TFUE; y puntualiza, además, que el propio Tribunal Supremo de España ha considerado que para que un acuerdo de una asociación en defensa de los intereses de sus integrantes sea contrario al Derecho de la competencia no basta que exista una voluntad de influir en la toma de decisiones por parte de la Administración. Cita en tal sentido la sentencia de esta Sala de 22 de noviembre de 2013 (recurso de casación núm. 4830/2010), donde -expone- se considera que la recomendación genérica de aumento de precios en el transporte de mercancías por carretera reseñando el aumento del precio del combustible en dos notas de prensa *"no tiene encaje en el art. 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia"* ya que se trata de *"una orientación general en una materia que afecta a sus asociados, para la que está facultado como asociación que tiene por finalidad la defensa de los intereses profesionales y los transportistas que lo componen"* (FD. 6º). Invoca, en los mismos términos, la sentencia de 24 de octubre de 2014 (recurso de casación núm. 1220/2011), y la más reciente sentencia de 26 de enero de .2017 (recurso de casación núm. 1981/2014).

De forma subsidiaria, y para el caso de que la Sala aprecie que no se cumplen los criterios de la jurisprudencia Wouters para entender que la conducta del CICCP no está prohibida por el artículo 101.1, pide que se declare que se cumplen los criterios establecidos en el artículo 101.3 TFUE, pues la conducta del CICCP:

- (i) Conducía a que los proyectos de ingeniería se realizaran con una dedicación y calidad suficientes.
- (ii) Estas mejoras en la calidad redundaban en beneficio de los consumidores.
- (iii) No se impusieron restricciones que fueran más allá de lo necesario para lograr las mejoras en la calidad.
- (iv) No se eliminó la competencia respecto de una parte sustancial de los productos objeto de la cooperación.

#### **QUINTO.- La oposición del Abogado del Estado.**

En su escrito de oposición, el Abogado del Estado apunta que la sentencia recurrida confirma que la recurrente (y la asociación profesional Tecniberia) han realizado una conducta que constituye una recomendación colectiva de precios. Dicha conducta vulnera el artículo 1 LDC, debiendo resaltarse que, desde la trasposición de la Directiva de Servicios por Ley 17/2009 y, en concreto, desde la reforma de la Ley de Colegios Profesionales por Ley 25/2009 (artículo 14) los Colegios Profesionales no pueden realizar recomendaciones en materia de precios habiendo desaparecido las competencias que tradicionalmente permitieron el establecimiento de normas primero y recomendaciones después sobre precios. En este caso, sin embargo, el Colegio profesional y la asociación profesional Tecniberia formularon una recomendación de precios basada en estándares de costes de la actividad para obtener una metodología de cálculo de precios que asegurase el beneficio y evitase las bajas temerarias impactando en la competencia. Más aún -continúa su alegato el Abogado del Estado-, sus publicaciones no se ciñen a la Administración, sino que además de su pretensión de convencer a la Administración, tienen por destinatario a las empresas e ingenieros a los que se dirigen.

Señala el Abogado del Estado que para que fuese de aplicación la excepción recogida en el apartado 3 del artículo 101 TFUE al caso resuelto por la sentencia recurrida, sería necesario considerar que estamos ante una decisión o categoría de decisiones de asociaciones empresariales que contribuyen 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 impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar dichos objetivos ni ofrezcan la posibilidad a las empresas de eliminar la competencia en una parte sustancial de los productos de que se trate. Pues bien, considera el abogado del Estado que nada de eso se ha acreditado, a lo que añade que la sentencia Wouters, a la que se aferra la recurrente, se refiere a un asunto radicalmente diferente al que aquí se plantea al abordar la regulación de la colaboración entre abogados y otros profesionales, especialmente auditores.

Insiste en que el artículo 14 LCP prohíbe a los Colegios profesionales cualquier recomendación colectiva en materia de precios; y niega que aquí el Colegio profesional sirva a interés general alguno. Al contrario - asevera el Abogado del Estado-, está actuando como una asociación profesional junto con otra asociación empresarial y no sirve a interés general alguno ni podría hacerlo en materia de precios. El Colegio profesional no puede servir a interés general alguno cuando realiza estudios de costes que pretenden determinar, a partir



de estándares de los mismos, que se aplique una metodología para obtener los precios de los proyectos de obra pública, y que los destinatarios acomoden su conducta a ese estándar para obtener un nivel de precios que asegure un margen de beneficio determinado. Los hechos demuestran que dichos informes tienen la naturaleza real de recomendaciones colectivas de precios encubiertas so pretexto de ser estudios de costes para evitar bajas temerarias. El pretexto esgrimido por el Colegio recurrente no puede ocultar la naturaleza real de dichos informes, acreditada en el proceso de instancia.

Realmente -concluye el Abogado del Estado-, el Colegio lo que hace es dar por sentada la aplicación del artículo 101.3 TFUE, pero lo hace en base a la reinterpretación de los hechos probados.

**SEXTO.-Sobre la aplicación del artículo 101 TFUE a las prácticas objeto de investigación que abarcan todo el territorio nacional.**

Ciertamente, tal como pone de manifiesto la parte recurrente en casación, el TJUE ha declarado en su sentencia de 14 de febrero de 2012 (asunto C-17/10), concretamente en su apartado 77, que:

«La frase primera del artículo 3, apartado 1, del Reglamento nº 1/2003 establece un estrecho vínculo entre la prohibición de las prácticas colusorias por el artículo 81 CE [hoy artículo 101 TFUE] y las correspondientes disposiciones del Derecho nacional de la competencia; de manera que cuando la autoridad de defensa de la competencia aplique las disposiciones del Derecho nacional que prohíben las prácticas colusorias a un acuerdo entre empresas que pueda afectar al comercio entre Estados miembros en el sentido de lo dispuesto en el artículo 81 CE, la citada frase primera del artículo 3, apartado 1, impone que asimismo se le aplique, de forma paralela, el artículo 81 CE».

El referido artículo 3 del reglamento 1/2003, referido a la "relación entre los artículos 81 y 82 del Tratado y las normas nacionales sobre competencia", dispone lo siguiente:

"Artículo 3:

Relación entre los artículos 81 y 82 del Tratado y las normas nacionales sobre competencia

1. Cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros o los órganos jurisdiccionales nacionales apliquen el Derecho nacional de la competencia a los acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros a tenor de esa disposición, aplicarán también a dichos acuerdos, decisiones o prácticas el artículo 81 del Tratado. Cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros o los órganos jurisdiccionales nacionales apliquen el Derecho nacional de la competencia a una práctica abusiva prohibida por el artículo 82 del Tratado, aplicarán también a la misma el artículo 82 del Tratado.

2. La aplicación del Derecho nacional de la competencia no podrá resultar en la prohibición de acuerdos, decisiones o asociaciones de empresas o prácticas concertadas y que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros pero no restrinjan la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado, o que reúnan las condiciones del apartado 3 del artículo 81 del Tratado o que estén cubiertos por un reglamento de aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado. Lo dispuesto en el presente Reglamento no impedirá a los Estados miembros adoptar y aplicar en sus respectivos territorios legislaciones nacionales más estrictas en virtud de las cuales se prohíban o penalicen con sanciones determinados comportamientos que las empresas adopten de forma unilateral.

3. Sin perjuicio de los principios generales y demás disposiciones del Derecho comunitario, los apartados 1 y 2 no se aplicarán cuando las autoridades de competencia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros apliquen disposiciones nacionales relativas al control de las concentraciones, y tampoco impedirán que se apliquen las disposiciones de Derecho nacional que persigan principalmente un objetivo diferente del de los artículos 81 y 82 del Tratado".

Y 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 lo que respecta a la afección al comercio entre los Estados miembros en el sentido del artículo 81 [hoy, 101] precitado, son varias las SSTJUE que señalan que por su propia naturaleza, una práctica colusoria que se extiende a todo el territorio de un Estado miembro tiene por efecto consolidar compartimentaciones de carácter nacional, que obstaculizan de este modo la interpenetración económica perseguida por el Tratado FUE (STJUE de 18 de julio de 2013, asunto C-136/12, pár. 50; STJUE de 4 de septiembre de 2014, asuntos acumulados C-184/13 a C-187/13, C-194/13, C-195/13 y C-208/13, pár. 44; y STJUE de 16 de julio de 2015, asunto C-172/14, pár. 49; por citar algunas de las últimas).

Esta doctrina ha sido extendida, más concretamente, a litigios en que se examinaba la conformidad con el Derecho de la Unión de normas reguladoras u orientadoras del ejercicio de profesiones colegiadas, en materias como, v.gr., la fijación de honorarios.

Así, la sentencia recaída en el llamado asunto Cipolla (STJUE de 5 de diciembre de 2006, asuntos acumulados C-94/04 y C-202/04), proyecta esta doctrina (que se cita explícitamente en el pár. 45) a un litigio en el que se examinaba un baremo de honorarios mínimos para abogados aprobado sobre la base de un proyecto elaborado por un Colegio profesional. De forma similar, la STJUE de 28 de febrero de 2013 (asunto C-1/12) extiende esas consideraciones (pár. 66) a unas normas sobre formación obligatoria para los colegiados; y la sentencia Wouters (STJUE de 19 de febrero de 2002, asunto C-309/99) se hace eco de ella en su pár. 95, al hilo del examen de una controversia sobre la colaboración entre abogados y otros profesionales liberales como los auditores.

Desde esta perspectiva, puede convenirse con la parte recurrente en que la cuestión litigiosa, precisamente porque afecta potencialmente a la globalidad del territorio nacional, adquiere una dimensión europea conforme a la jurisprudencia que se acaba de citar, que a su vez determina la proyección sobre el caso del artículo 101 TFUE y la jurisprudencia comunitaria que lo ha interpretado y aplicado.

#### **SÉPTIMO. - Sobre la llamada doctrina Wouters.**

Se refiere con énfasis la parte recurrente a la precitada sentencia Wouters, concretamente a lo que se dice en su pár. 97, donde leemos (el resaltado en negrita se añade ahora):

«[...] debe señalarse que **no todo acuerdo entre empresas ni toda decisión de una asociación de empresas que restrinjan la libertad de acción de las partes o de una de ellas están comprendidos necesariamente en la prohibición del artículo 85, apartado 1, del Tratado.** En efecto, para aplicar esta disposición a un caso concreto, debe tenerse en cuenta el contexto global en que se adoptó la decisión de la asociación de empresas de que se trate y en la que produce sus efectos, y más en particular, sus objetivos, relacionados en el presente caso con la necesidad de establecer normas de organización, capacitación, deontología, control y responsabilidad, que proporcionen la necesaria garantía de honorabilidad y competencia a los usuarios finales de los servicios jurídicos y a la buena administración de justicia (véase, en este sentido, la sentencia de 12 de diciembre de 1996, Reisebüro Broede, C-3/95, Rec. p. I-6511, apartado 38). A continuación, deberá examinarse si los efectos restrictivos de la competencia que resultan son inherentes a la consecución de dichos objetivos».



Cierto es que, como también aduce la parte recurrente, estas aseveraciones han sido reiteradas en ulteriores pronunciamientos del TJUE. Así, la STJUE de 18 de julio de 2006 (asunto C-519/04) dice (pár. 42):

«[...] debe señalarse que la compatibilidad de una normativa con las normas comunitarias sobre la competencia no puede apreciarse de manera abstracta (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de diciembre de 1994, DLG, C-250/92, Rec. p. I-5641, apartado 31). No todo acuerdo entre empresas ni toda decisión de una asociación de empresas que restrinjan la libertad de acción de las partes o de una de ellas están comprendidos necesariamente en la prohibición del artículo 81 CE, apartado 1. En efecto, para aplicar esta disposición a un caso concreto, debe tenerse en cuenta el contexto global en que se adoptó la decisión de la asociación de empresas de que se trate o en que produce sus efectos, y más en particular, sus objetivos. A continuación, deberá examinarse si los efectos restrictivos de la competencia que resultan son inherentes a la consecución de dichos objetivos (sentencia Wouters y otros, antes citada, apartado 97) y proporcionales a estos objetivos».

Se introduce, en estas dos sentencias, una alusión a la necesidad de valorar el *contexto global* en que se adoptó la decisión controvertida, que ha sido repetida en numerosas sentencias posteriores. A título de ejemplo, y por citar una de las últimas, en la STJUE de 23 de noviembre de 2017 (asuntos acumulados C-427/16 y C-428/16) leemos:

«51 Es preciso hacer constar, a este respecto, que la fijación de los importes mínimos de la retribución de los abogados, convertidos en obligatorios en virtud de una normativa nacional como la controvertida en los litigios principales, que impide a los demás prestadores de servicios jurídicos fijar una retribución por un importe inferior a dichos importes mínimos, equivale a la fijación horizontal de tarifas mínimas impuestas (véase, en este sentido, la sentencia de 4 de septiembre de 2014, API y otros, C-184/13 a C-187/13, C-194/13, C-195/13 y C-208/13, EU:C:2014:2147, apartado 43).

52 En vista de las consideraciones anteriores, debe hacerse constar que una normativa nacional como la controvertida en los litigios principales, que, por una parte, no permite al abogado y a su cliente acordar una retribución por un importe inferior al importe mínimo establecido por un reglamento adoptado por una organización profesional de abogados como el Alto Consejo de la Abogacía, so pena de que el abogado se vea sometido a un procedimiento disciplinario, y que, por otra parte, no autoriza al tribunal a ordenar el reembolso de honorarios por un importe inferior a ese importe mínimo, puede restringir el juego de la competencia dentro del mercado interior en el sentido del artículo 101 TFUE, apartado 1.

53 No obstante, procede señalar que, como la normativa controvertida en los litigios principales convierte en obligatoria una decisión de una asociación de empresas que tiene por objeto o por efecto restringir la competencia o restringir la libertad de acción de las partes o de una de ellas, no está necesariamente incluida en el ámbito de aplicación de la prohibición establecida por el artículo 101 TFUE, apartado 1, en relación con el artículo 4 TUE, apartado 3 (sentencia de 4 de septiembre de 2014, API y otros, C-184/13 a C-187/13, C-194/13, C-195/13 y C-208/13, EU:C:2014:2147, apartado 46).

54 En efecto, para aplicar esta disposición en los casos de autos, debe tenerse en cuenta, antes de nada, el contexto global en el que se adoptó la decisión de la asociación de empresas de que se trata o en el que produce sus efectos y, más concretamente, sus objetivos. A continuación debe examinarse si los efectos restrictivos de la competencia que resultan de la referida decisión son inherentes a la consecución de dichos objetivos (sentencias de 19 de febrero de 2002, Wouters y otros, C-309/99, EU:C:2002:98, apartado 97; de 18 de julio de 2013, Consiglio Nazionale dei Geologi, C-136/12, EU:C:2013:489, apartado 53, y de 4 de septiembre de 2014, API y otros, C-184/13 a C-187/13, C-194/13, C-195/13 y C-208/13, EU:C:2014:2147, apartado 47).

55 En este contexto, es preciso verificar si las restricciones impuestas por las normas controvertidas en los litigios principales se limitan a lo que resulta necesario para garantizar la consecución de objetivos legítimos (sentencias de 18 de julio de 2006, Meca-Medina y Majcen/Comisión, C-519/04 P, EU:C:2006:492, apartado 47; de 18 de julio de 2013, Consiglio Nazionale dei Geologi, C-136/12, EU:C:2013:489, apartado 54, y de 4 de septiembre de 2014, API y otros, C-184/13 a C-187/13, C-194/13, C-195/13 y C-208/13, EU:C:2014:2147, apartado 48)».

Puede también citarse la STJUE de 4 de septiembre de 2014 (asuntos acumulados C-184/13 a C-187/13, C-194/13, C-195/13 y C-208/13), que, al hilo del examen de una normativa nacional sobre fijación de precios mínimos de los servicios de transporte de mercancías por carretera por cuenta ajena, dice:

«43 A este respecto, procede señalar que la fijación de los costes mínimos de explotación, convertidos en obligatorios en virtud de una normativa nacional, como la controvertida en los litigios principales, que impide a las empresas establecer tarifas inferiores a dichos costes, equivale a la fijación horizontal de tarifas mínimas impuestas.



44 Por lo que respecta al menoscabo de los intercambios comunitarios, basta recordar que, por su propia naturaleza, una práctica colusoria que se extiende a todo el territorio de un Estado miembro tiene por efecto consolidar compartimentaciones de carácter nacional, que obstaculizan de este modo la interpenetración económica perseguida por el Tratado FUE (véanse las sentencias Comisión/Italia, EU:C:1998:303, apartado 48, y Manfredi y otros, C-295/04 a C-298/04, EU:C:2006:461, apartado 45).

45 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede señalar que la fijación de los costes mínimos de explotación para el transporte por carretera, convertida en obligatoria por una normativa nacional, como la controvertida en los litigios principales, puede restringir el juego de la competencia en el mercado interior.

46 Por último, no obstante, procede señalar que como la normativa controvertida en los asuntos principales convierte en obligatoria una decisión de una asociación de empresas que tiene por objeto o por efecto restringir la competencia o restringir la libertad de acción de las partes o de una de ellas, no está necesariamente incluida en el ámbito de aplicación de la prohibición establecida por el artículo 101 TFUE, apartado 1, en relación con el artículo 4 TUE, apartado 3.

47 En efecto, para aplicar esta disposición a un caso concreto, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, el contexto global en que se adoptó la decisión de la asociación de empresas de que se trata y en el que produce sus efectos, y más en particular, sus objetivos. A continuación, deberá examinarse si los efectos restrictivos de la competencia que resultan son inherentes a la consecución de dichos objetivos (véanse las sentencias Wouters y otros, C-309/99, EU:C:2002:98, apartado 97, y Consiglio nazionale dei geologi y Autorità garante della concorrenza e del mercato, C-136/12, EU:C:2013:489, apartado 53).

48 En este contexto, es preciso verificar si las restricciones impuestas por las normas controvertidas en los litigios principales se limitan a lo que resulta necesario para garantizar la consecución de objetivos legítimos (véanse, en ese sentido, las sentencias Meca-Medina y Majcen/Comisión, C-519/04 P, EU:C:2006:492, apartado 47, y Consiglio nazionale dei geologi y Autorità garante della concorrenza e del mercato, EU:C:2013:489, apartado 54)».

Vale la pena citar, en este sentido, la sentencia del Tribunal General de 10 de diciembre de 2014 (asunto T-90/11), porque lleva a cabo una sistematización pedagógica de la doctrina sentada a partir de la sentencia Wouters. Dicen sus párrafos 35 y ss.:

«35 Sobre este particular, debe observarse que, en la sentencia Wouters, citada en el anterior apartado 21, el Tribunal de Justicia recordó varios principios que permiten determinar las circunstancias en las cuales la actuación de un colegio profesional podía calificarse de decisión de una asociación de empresas restrictiva de la competencia, contraria al artículo 101 TFUE, apartado 1.

36 En primer lugar, una actividad que, por su naturaleza, por las normas que la regulan y por su objeto, es ajena a la esfera de los intercambios económicos o se vincula al ejercicio de prerrogativas del poder público, no está sujeta a la aplicación de las normas sobre la competencia establecidas en el TFUE (sentencias del Tribunal de Justicia Wouters, citada en el anterior apartado 21, apartado 57, y de 28 de febrero de 2013, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, C-1/12, apartado 40).

37 En segundo lugar, no toda decisión de una asociación de empresas que restrinja la libertad de acción de las partes o de una de ellas está comprendida necesariamente en la prohibición del artículo 101 TFUE, apartado 1. En efecto, para aplicar esta disposición a un caso concreto, debe tenerse en cuenta en primer lugar el contexto global en que se adoptó la decisión de la asociación de empresas de que se trate y en el que produce sus efectos y, más en particular, sus objetivos, que en el presente caso consisten en proporcionar las garantías necesarias a los consumidores finales de los servicios de que se trata. A continuación deberá examinarse si los efectos restrictivos de la competencia que resultan son inherentes a la consecución de dichos objetivos (sentencias del Tribunal de Justicia Wouters, citada en el anterior apartado 21, apartado 97, y de 18 de julio de 2013, Consiglio nazionale dei geologi y Autorità garante della concorrenza e del mercato, C-136/12, apartado 53).

38 De dicha jurisprudencia se desprende que existen razones de interés general, en particular, el interés en el buen ejercicio de una profesión, que pueden justificar que no se aplique el artículo 101 TFUE, apartado 1, a determinadas restricciones a la competencia cuando resulten necesarias».

#### **OCTAVO.- Sobre la excepción del apartado 3 del artículo 101 TFUE .**

El apartado 3 del artículo 101 (antiguo artículo 81), antes transcrito, contiene una excepción a lo establecido en los dos apartados anteriores, sobre la que existe también un cuerpo de doctrina jurisprudencial del TJUE. Dice este apartado, recordemos:

«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».

Pues bien, la jurisprudencia europea ha señalado (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 13 de enero de 2004, asunto T-67/01) que:

«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)».

Conviene resaltar que los acuerdos controvertidos desde el prisma de su adecuación o disconformidad con el Derecho de la Competencia únicamente pueden quedar eximidos de la prohibición establecida en el artículo 101.1 CE, en la medida que 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.

Por lo demás, pesa sobre quien invoca la exención su prueba. Así lo explica la 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 (vid. párrafos 78 y ss.), donde se razona que corresponde a quien invoca dicha exención demostrar, mediante argumentos y pruebas convincentes, que concurren los requisitos exigidos para obtenerla.

Esta misma sentencia, recuerda, además (pár. 92) que para que un acuerdo pueda quedar exento con arreglo al artículo 81 [actual 101] CE, apartado 3,

«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 (pár. 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».

**NOVENO.- Sobre la distinción entre las "infracciones por objeto" y las "infracciones por efecto".**



La sentencia antes citada, y transcrita en parte, del Tribunal General de 10 de diciembre de 2014, hace con similar utilidad pedagógica una síntesis de la no menos conocida doctrina del TJUE sobre la distinción entre las infracciones *por objeto* y *por defecto*, a la que se refiere explícitamente la sentencia ahora impugnada en casación:

«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).

#### **DÉCIMO.- Sobre la normativa nacional reguladora de los Colegios profesionales, y específicamente del Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos.**

La aún vigente Ley de Colegios Profesionales 2/1974, tras caracterizarlos como "corporaciones de derecho público" (artículo 1), establece en su artículo 2 que:

«son fines esenciales de estas Corporaciones la ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación institucional exclusiva de las mismas cuando estén sujetas a colegiación obligatoria, la defensa de los intereses profesionales de los colegiados y la protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados, todo ello sin perjuicio de la competencia de la Administración Pública por razón de la relación funcionarial».

Más concretamente, los estatutos del Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, aprobados por Real Decreto 1271/2003, de 10 de octubre (BOE 22 de octubre), establecen en su artículo 3 que son funciones del Colegio (ciñéndonos a las que ahora más interesan):

«Ejercer cuantas funciones le sean encomendadas por la Administración y colaborar con ésta mediante la realización de estudios, emisión de informes y dictámenes, elaboración de estadísticas y otras actividades relacionadas con sus fines, que puedan serle solicitadas o acuerde formular por propia iniciativa».

#### **DECIMOPRIMERO.- Sobre la licitación y adjudicación de contratos de obras con base en el criterio del precio más bajo de las ofertas presentadas. Problemática de los llamados "modificados".**





El Colegio recurrente incide constantemente en que la finalidad que movió su actuación fue contribuir a poner coto a las distorsiones que se producen como consecuencia de la práctica consistente en adjudicar contratos con base en el criterio de la oferta más económica, siendo así que las ofertas que resultan adjudicatarias se sitúan muchas veces por debajo del umbral de eficiencia y rentabilidad, por lo que se acude con posterioridad a los "modificados", a fin de elevar el precio de la contrata que de forma artificiosa se había situado en niveles excesivamente reducidos.

Pues bien, es, desde luego, cierto, que semejante práctica se ha dado tradicionalmente, y daba lugar a una de las mayores distorsiones existentes en la contratación administrativa, por su contradicción con los principios de publicidad, igualdad y concurrencia.

Ahora bien, no es menos cierto que las últimas normas contractuales nacionales, aprobadas a lo largo de los años recientes, han reaccionado contra esta práctica indeseable, movidas a su vez por las normas del Derecho europeo, decididas a ponerle coto.

Es significativo, en este sentido, el informe emitido por el Consejo de Estado en Pleno el 10 de marzo de 2016, en relación con el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, donde se relaciona la evolución de la regulación de la cuestión y se da cuenta de la incidencia que sobre ella ha tenido el Ordenamiento comunitario y la jurisprudencia del TJUE.

**DECIMOSEGUNDO.- Sobre la cuestión debatida, a la luz de las consideraciones anteriores, y la decisión del recurso de casación.**

Como ha quedado expuesto, el argumento impugnatorio de la parte recurrente se mueve en una doble perspectiva. Por un lado, y con expresa invocación de la tan citada doctrina Wouters, considera que en atención a una contemplación global de las circunstancias concurrentes en el caso no nos hallamos realmente ante una conducta anticompetitiva susceptible de infracción; y por otro lado aduce que aun admitiendo dialécticamente que se hubiera producido una conducta calificable en principio como infractora, estaría amparada por la excepción del apartado 3 del artículo 101 TFUE.

Comenzando por lo primero, el razonamiento de la recurrente pudiera resultar tal vez compartible si aceptáramos la premisa en que se basa, pero es justamente esa premisa la que no puede tenerse por cierta e indubitada, al menos al nivel requerido para que la conducta deje de merecer el reproche que se le ha formulado.

En efecto, todo el razonamiento de la corporación colegial recurrente se basa en el presupuesto de que con su iniciativa quiso salir, movida por su responsabilidad institucional, al paso de una situación indeseable y prácticamente cronificada, consistente -según viene a exponer- en una sistemática adjudicación de licitaciones públicas con base en el criterio de la oferta más económica, y a importes por debajo del umbral mínimo para que el objeto de la contrata se cumpla de forma adecuada y eficiente; situación que habría dado lugar -afirma- de forma casi inexorable a posteriores "modificados" que buscan superar ese punto de partida y situar el contrato en el nivel de rentabilidad y funcionalidad que se eludió para obtener la adjudicación.

El problema es que esa premisa no puede tenerse sin más por cierta, como si nos halláramos prácticamente ante un "hecho notorio" no necesitado de especial probanza justamente por su evidencia. Al contrario, precisamente porque no es un hecho notorio, en el sentido procesal del término, quien lo invoca ha de acreditarlo cumplidamente, lo que no ha ocurrido en este caso, pues los documentos e informes que se han aportado a tal efecto por la actora se hacen eco de una preocupación sobre la posibilidad de que esas distorsiones se produzcan, pero no permiten tener por cierta una situación generalizada y fuera de control por parte de los Poderes Públicos, ante la que resulte perentorio reaccionar en aras del interés público y el bien de la sociedad.

De hecho, las iniciativas legislativas de reforma del marco contractual de las Administraciones Públicas que se han sucedido en los últimos años, movidas habitualmente por la necesidad de recibir e incorporar el Derecho europeo y la jurisprudencia del TJUE que lo ha interpretado y aplicado, presentan el común denominador de articular mecanismos y cautelas para poner coto a eventuales abusos de la técnica de los modificados.

Así las cosas se hace difícil acoger la actuación de la corporación recurrente bajo el paraguas de la doctrina Wouters, pues aun asumiendo que una de las funciones características de los colegios profesionales, y específicamente del Colegio aquí recurrente, es la de elaborar estudios o informes relacionados con la ordenación y actividad de la profesión colegiada, cuando esos informes se traducen en una recomendación de precios y honorarios, para que pudieran adquirir justificación desde la perspectiva de la doctrina Wouters tantas veces mencionada, habrían de estar sólidamente justificados en la necesidad de subvenir a una situación afectante al interés general que los legitimara; lo que, cabe insistir en ello, no es el caso.



Nos hallamos, así pues, ante una actuación coordinada por parte de las entidades sancionadas, calificable con toda propiedad como recomendación colectiva de precios en el sentido del artículo 1 LDC, no justificada en una contemplación global de la situación del mercado sobre el que se proyecta, y que además presenta, por su finalidad y contenido, las características definitorias de una infracción *por objeto* en el sentido definido por la jurisprudencia del TJUE, de manera que huelga interrogarse por sus efectos reales sobre la competencia en el sector concernido.

Lo mismo puede decirse por lo que respecta a la pretendida aplicación de la exención del apartado 3 del artículo 101 tantas veces mencionado. Ante todo, esta petición, formulada de manera subsidiaria respecto de la anterior, descansa, como aquella, en la premisa cuya concurrencia se acaba de rechazar; y de hecho así lo declaró el propio Tribunal de instancia cuando, recordemos, señaló en su sentencia que

«En este supuesto la estandarización de costes y precios en los servicios de ingeniería civil no reporta eficiencias o, al menos, no se han acreditado ni tiene traslado o reflejo a los consumidores y presumir, como dice la resolución impugnada, que la iniciativa es necesaria para mejorar la comercialización o producción de bienes y servicios es tanto como dar a entender que sin ella las partes, empresarios, administración y empresas, no denotan interés por el resultado de sus trabajos».

En cualquier caso, ya se ha dicho que para que entrase en juego la exención del apartado 3 del artículo 101 tendrían que concurrir de forma cumulativa los cuatro requisitos o condiciones que en él se establecen, y eso no se ha acreditado, pues, en efecto, no puede afirmarse con la necesaria certidumbre que una actuación colegial como la aquí examinada 1º) contribuya a mejorar la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico; 2º) produzca un beneficio del que los consumidores participen de forma equitativa; 3º) no conlleve para las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos, y, 4º) no ofrezca a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

Por todo ello, el recurso de casación no puede prosperar desde ninguno de los dos enfoques que ha suscitado la parte recurrente y que se acaban de examinar.

Finalmente, debe rechazarse, al considerarse innecesario a la vista de los razonamientos anteriores, el planteamiento de cuestión prejudicial que, reitera el Colegio recurrente en su escrito de casación, con una mera remisión a su demanda.

#### **DECIMOTERCERO.- La fijación de doctrina jurisprudencial.**

De conformidad con los razonamientos anteriores y atendida la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, debemos declarar que una conducta consistente en la elaboración y publicación reiterada de trabajos y estudios sobre la estructura de costes y precios de un determinado sector por parte de un Colegio profesional y una asociación empresarial, es contraria a la libre competencia, sin que se encuentre amparada, en atención a los objetivos perseguidos, por la excepción prevista en el apartado 3 del artículo 101 TFUE en relación con los apartados 1 y 2 del artículo 3 del Reglamento (CE) 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, y la jurisprudencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la materia.

Todo ello, salvo que, de conformidad con lo razonado en el fundamento jurídico decimosegundo, resultase acreditado de forma indubitada que tal actuación estuviese justificada, en el contexto en el que se adopta, por sus objetivos en beneficio del interés general y cuyos efectos restrictivos de la competencia fuesen inherentes y proporcionales a dichos objetivos, o bien se acreditara, de manera igualmente inequívoca, que concurren las circunstancias de hecho contempladas en el artículo 101.3 TFUE y 1.3 de la LDC.

#### **DECIMOCUARTO.- Sobre las costas.**

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4 y 139 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, entendemos que no procede la imposición de las costas de casación a ninguna de las partes, debiendo abonar cada una las causadas a su instancia y las comunes por mitad, manteniendo, en cuanto a las costas del proceso de instancia el pronunciamiento de la Sala de la Audiencia Nacional.

### **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 de derecho decimotercero:

**Primero.-** Declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la



Audiencia Nacional, de fecha 14 de diciembre de 2016, dictada en el recurso núm. 347/2013, contra resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, que impone sanción por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

**Segundo.-** No se hace imposición de las costas del recurso de casación y se mantiene en cuanto a las del proceso de instancia el pronunciamiento de la recurrida.

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

### VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EXMO. SR. D. Angel Ramon Arozamena Laso A LA SENTENCIA ADOPTADA POR LA MAYORÍA DE LA SECCIÓN TERCERA DE LA SALA TERCERA DEL **TRIBUNAL SUPREMO** EN EL RECURSO DE CASACIÓN NÚM. 2452/2017, AL QUE SE ADHIERE EL EXCMO. SR. D. Diego Cordoba Castroverde.

Con el mayor respeto hacia el criterio mayoritariamente adoptado en este recurso de casación, lamento disentir del fallo, que a mi juicio debió ser estimatorio del recurso de casación interpuesto por el Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos (CICCP).

1. Comparto los fundamentos de derecho primero a decimoprimeros de la sentencia de la que discrepo, donde se expone la cuestión litigiosa y la sentencia recurrida, la preparación del recurso de casación y el alcance del auto de admisión de la Sección Primera de esta Sala, la posición de las partes, las consideraciones que se hacen sobre el alcance del artículo 101 TFUE, la detallada exposición de la denominada doctrina Wouters y la jurisprudencia comunitaria de aplicación al caso, la interpretación de la excepción del apartado 3 del reseñado artículo 101 TFUE, la conocida distinción entre las "infracciones por objeto" y las "infracciones por efecto", así como, naturalmente, la breve reseña de la normativa del Colegio recurrente y la mención a la notoria, a mi juicio, problemática de los llamados "modificados" en la licitación y adjudicación de contratos de obras con base en el criterio del precio más bajo de la oferta presentada.

2. Sin embargo discrepo de la conclusión mayoritaria de la Sala que, a mi juicio y como sostuve en la deliberación, debía llevar a la estimación del recurso, en síntesis y de conformidad con aquella doctrina comunitaria, por entender:

«(...) no toda decisión de una asociación de empresas que restrinja la libertad de acción de las partes o de una de ellas está comprendida necesariamente en la prohibición del artículo 101 TFUE, apartado 1. En efecto, para aplicar esta disposición a un caso concreto, debe tenerse en cuenta en primer lugar el contexto global en que se adoptó la decisión de la asociación de empresas de que se trate y en el que produce sus efectos y, más en particular, sus objetivos, que en el presente caso consisten en proporcionar las garantías necesarias a los consumidores finales de los servicios de que se trata. A continuación deberá examinarse si los efectos restrictivos de la competencia que resultan son inherentes a la consecución de dichos objetivos» (doctrina de la sentencia Wouters ampliamente expuesta en el fundamento de derecho séptimo).

Es reiterada la alusión a la necesidad de valorar el *contexto global* en que se adoptó la decisión controvertida, repetida en numerosas sentencias posteriores:

«(...) debe tenerse en cuenta, antes de nada, el contexto global en el que se adoptó la decisión de la asociación de empresas de que se trata o en el que produce sus efectos y, más concretamente, sus objetivos. A continuación debe examinarse si los efectos restrictivos de la competencia que resultan de la referida decisión son inherentes a la consecución de dichos objetivos.

(...), es preciso verificar si las restricciones impuestas por las normas controvertidas en los litigios principales se limitan a lo que resulta necesario para garantizar la consecución de objetivos legítimos».

Y, a mi juicio, existen razones de interés general que pueden justificar, como aquí ocurre, que no se aplique el artículo 101.1 TFUE a determinadas restricciones de la competencia cuando resulten necesarias.

Cabe reiterar la citada STJUE de 6 de abril de 2009:



«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».

**3.** No cabe desconocer los fines del Colegio:

«Ejercer cuantas funciones le sean encomendadas por la Administración y colaborar con ésta mediante la realización de estudios, emisión de informes y dictámenes, elaboración de estadísticas y otras actividades relacionadas con sus fines, que puedan serle solicitadas o acuerde formular por propia iniciativa».

**4.** Ni tampoco la realidad que, creo, resulta notoria, cuando el Colegio recurrente incide constantemente en que la finalidad que movió su actuación fue contribuir a poner coto a las distorsiones que se producen como consecuencia de la práctica consistente en adjudicar contratos con base en el criterio de la oferta más económica, siendo así que las ofertas que resultan adjudicatarias se sitúan muchas veces por debajo del umbral de eficiencia y rentabilidad, bajas temerarias, por lo que se acude con posterioridad a los "modificados", a fin de elevar el precio de la contrata que de forma artificiosa se había situado en niveles excesivamente reducidos.

Es, desde luego, cierto que semejante práctica se ha dado tradicionalmente, y daba lugar a una de las mayores distorsiones existentes en la contratación administrativa, por su contradicción con los principios de publicidad, igualdad y concurrencia.

**5.** Conforme a la citada doctrina Wouters, en atención a una contemplación global de las circunstancias concurrentes en el caso examinado no nos hallamos realmente ante una conducta anticompetitiva susceptible de infracción.

Y, desde otro punto de vista, aun admitiendo que se hubiera producido una conducta calificable en principio como infractora, estaría amparada por la excepción del apartado 3 del artículo 101 TFUE.

**6.** Con su iniciativa el Colegio quiso salir, movido por su responsabilidad institucional, al paso de una situación indeseable y prácticamente cronicada, consistente en una sistemática adjudicación de licitaciones públicas con base en el criterio de la oferta más económica, y a importes por debajo del umbral mínimo para que el objeto de la contrata se cumpla de forma adecuada y eficiente; situación que ha dado lugar a posteriores "modificados" que buscan superar ese punto de partida y situar el contrato en el nivel de rentabilidad y funcionalidad que se eludió para obtener la adjudicación.

Los documentos e informes que se han aportado a tal efecto -además de los reseñados en el fundamento de derecho primero de la sentencia- se hacen eco de una preocupación sobre la posibilidad de que esas distorsiones se produzcan. Así examinan y exponen las crecientes bajas en concursos de ingeniería y como afecta a la calidad y al justo precio en los correspondientes trabajos. Los estudios de costes del CICCPC no restringieron la competencia más allá de lo necesario, pues se han limitado a presentar de forma abstracta y resumida algunos de los datos y variables a considerar para calcular la estructura de costes de un proyecto, de forma que la Administración pudiera tener una orientación general que le aproximase a la realidad económica cuando tenga que fijar un precio de licitación como referencia.

**7.** Así, la doctrina Wouters es aplicable a su caso, por cuanto, como resalta la recurrente:

1º) Las actuaciones del CICCPC tenían un objetivo legítimo, consistente en trasladar a la Administración la necesidad de un cambio en el modelo de contratación pública. Esta conducta se llevó a cabo en un contexto en el que la contratación pública de proyectos de ingeniería presentaba serias deficiencias. Se trata, por tanto, de una actuación que persigue un objetivo legítimo y un fin de interés general;

2º) El CICCPC consideró necesario reaccionar frente a la existencia de los mencionados problemas elaborando los estudios de costes.

3º) Finalmente la práctica no ha tenido efectos restrictivos que fueran más allá de lo necesario para cumplir con el objetivo pretendido.

**8.** A título orientativo considero oportuno extraer de las "Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal" lo siguiente:



Sobre datos agregados/individualizados:

«89. La recogida y publicación de datos de mercado agregados (...) pueden beneficiar tanto a los proveedores como a los consumidores al darles una idea más fehaciente de la situación económica del sector. Esa recogida y publicación de datos puede permitir a quienes participan en el mercado una mejor toma de decisiones individuales para adaptar más eficientemente su estrategia a las condiciones del mercado. En términos más generales (...) el intercambio de datos agregados es poco probable que tenga efectos restrictivos de la competencia».

Sobre datos públicos/no públicos:

«93. Por lo general no es probable que los intercambios de información verdaderamente pública constituyan una infracción del artículo 101. La «información verdaderamente pública» es aquella a la que por lo general todos los competidores y clientes tienen acceso fácilmente».

Sobre intercambio público/no público de información:

«94. Un «intercambio de información» es verdaderamente público si hace que los datos intercambiados sean igualmente accesibles (en términos de costes de acceso) para todos los competidores y compradores. El hecho de que la información se intercambie en público puede disminuir la probabilidad de un resultado colusorio en el mercado siempre que las empresas no participantes en el intercambio de información, los competidores potenciales y los compradores estén en condiciones de limitar el posible efecto restrictivo de la competencia».

Todo ello contribuye, a mi juicio, a valorar las limitaciones de los pretendidos efectos colusorios o restrictivos de la competencia en el caso examinado.

**9.** Cabe acoger, entiendo, la actuación de la corporación recurrente bajo el paraguas de la doctrina Wouters. Una de las funciones características de los colegios profesionales, y específicamente del Colegio aquí recurrente, es la de elaborar estudios o informes relacionados con la ordenación y actividad de la profesión colegiada, cuando esos informes se traducen en una recomendación de precios y honorarios, están justificados en la necesidad de subvenir a una situación afectante al interés general que los legitima.

**10.** Por otro lado, si se acude a la pretensión subsidiaria en la recurrente, es cierto que la exención del apartado 3 del artículo 101 resulta de los cuatro requisitos o condiciones que en él se establecen y que recoge la sentencia.

Sin embargo, entiendo, con la parte recurrente, que resulta suficientemente acreditado que la actuación colegial: 1º) Conducía a que los proyectos de ingeniería se realizaran con una dedicación y calidad suficientes; 2º) Estas mejoras en la calidad redundaban en beneficio de los consumidores; 3º) No se impusieron restricciones que fueran más allá de lo necesario para lograr las mejoras en la calidad; 4º) No se eliminó la competencia respecto de una parte sustancial de los productos objeto de la cooperación.

**11.** De conformidad con los razonamientos anteriores y atendida la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, a mi juicio la Sala debió declarar que una conducta consistente en la elaboración y publicación reiterada de trabajos y estudios sobre la estructura de costes y precios de un determinado sector por parte de un Colegio profesional y una asociación empresarial, en principio contraria a la libre competencia, se encuentra amparada, en atención a los objetivos perseguidos en beneficio del interés general -en este caso limitar las distorsiones que se producen en el sector, mediante una actuación inherente y proporcional a aquellos objetivos-, por la excepción prevista en el apartado 3 del artículo 101 TFUE en relación con los apartados 1 y 2 del artículo 3 del Reglamento (CE) 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, y la jurisprudencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la materia.

Dado en Madrid en la misma fecha de la sentencia de la que se disiente.

Angel Ramon Arozamena Laso Diego Cordoba Castroverde

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia, junto con el voto particular, por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrado de la Administración de Justicia, certifico.