

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección: 006

MADRID

PO530 OFICIO REMITIR TESTIMONIO SENTENCIA A LA ADMON

Número de Identificación Único: 28079 23 3 2010 0004844

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000588 /2010**

Recurrente: SOCIEDAD ECOLOGICA PARA EL RECICLADO DE LOS
ENVASES DE VIDRIO ECOVIDRIO

Ref: Adjunto copia de oficio para su localización

A efectos informativos y con el fin de que se tenga constancia en ese Organismo de la Sentencia recaída en esta Sección en los autos reseñados al margen, seguidos a instancia de SOCIEDAD ECOLOGICA PARA EL RECICLADO DE LOS ENVASES DE VIDRIO ECOVIDRIO, adjunto remito testimonio de la misma, con significación de que **no es firme, al haberse preparado recurso de casación** por el Sr. Abogado del Estado.

Sírvase disponer acuse recibo.

En MADRID, a diez de Enero de dos mil doce.

EL SECRETARIO JUDICIAL

FDO.: VICTOR GALLARDO SANCHEZ



COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA
ENTRADA
RegOf: 385 / RG 385
20/01/2012 12:12:00

COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo **SECCIÓN SEXTA** **Secretaría de D. VÍCTOR GALLARDO SÁNCHEZ**

SENTENCIA N°:

Fecha de Deliberación:	15/11/2011
Fecha Sentencia:	16/11/2011
Núm. de Recurso:	0000588/2010
Tipo de Recurso:	PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Núm. Registro General:	04962/2010
Materia Recurso:	CONDUCTAS PROHIBIDAS
Recursos Acumulados:	
Fecha Casación:	
Ponente Ilma. Sra.:	D ^a . MERCEDES PEDRAZ CALVO
Demandante:	SOCIEDAD ECOLOGICA PARA EL RECICLADO DE LOS ENVASES DE VIDRIO
Procurador:	SRA. GUTIÉRREZ ACEVES
Letrado:	
Demandado:	COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA
Codemandado:	VIDRIO RECUPERADO S. A. (REVISIA)
Abogado Del Estado	
Resolución de la Sentencia:	ESTIMATORIA

Breve Resumen de la Sentencia:

Conductas prohibidas.

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo **SECCIÓN SEXTA**

Núm. de Recurso: 0000588/2010
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04962/2010
Demandante: SOCIEDAD ECOLOGICA PARA EL RECICLADO DE
LOS ENVASES DE VIDRIO
Procurador: SRA. GUTIÉRREZ ACEVES

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA
Codemandado: VIDRIO RECUPERADO S. A. (REVISA)
Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

SENTENCIA N°:

Ilma. Sra. Presidente:
D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:
D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO
D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA
D^a. LUCÍA ACÍN AGUADO

Madrid, a dieciseis de noviembre de dos mil once.

Visto el recurso contencioso administrativo núm. 588/10 que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **SOCIEDAD ECOLOGICA PARA EL RECICLADO DE LOS ENVASES DE VIDRIO** representada por la Procuradora Sra. Gutiérrez Aceves frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 29 de julio de 2010, relativa a **conductas prohibidas** con una cuantía de un millón de euros, siendo codemandado

VIDRIO RECUPERADO S.A. (REVISA) representada por el Procurador Sr. García Cortés, y siendo Ponente la Magistrado **D^a Mercedes Pedraz Calvo**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO-. La representación procesal indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia. Por Decreto del Sr. Secretario se acordó tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO-. En el momento procesal oportuno la representación procesal de la actora formalizó la demanda mediante escrito de 30 de noviembre de 2010 en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando se dicte sentencia por la que se estime el recurso anulando la resolución impugnada.

TERCERO-. El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la inadmisión y subsidiariamente la desestimación del recurso.

La codemandada igualmente contestó a la demanda para solicitar su inadmisión y subsidiariamente su desestimación, con fundamento en los hechos y razonamientos jurídicos que deja expuestos.

CUARTO-. La Sala dictó auto acordando recibir a prueba el recurso, practicándose la documental y la pericial a instancias de la actora, con el resultado obrante en autos.

Las partes, por su orden, presentaron sus respectivos escritos de conclusiones, para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

QUINTO-. La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 15 de noviembre de 2.011 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en este recurso contencioso-administrativo el acuerdo dictado por la Comisión Nacional de la Competencia el día 29 de Julio de 2010 por la que se acuerda:

“PRIMERO.- Declarar que en este expediente ha resultado acreditada una infracción del Artículo 1 de la Ley 15/2007 de 3 de julio de 2007 de Defensa de la Competencia, de la que es responsable LA SOCIEDAD ECOLÓGICA PARA EL RECICLADO DE ENVASES DE VIDRIO (ECOVIDRIO).

SEGUNDO.- Imponer a ECOVIDRIO una sanción pecuniaria de un millón de euros (1.000.000 euros).

TERCERO.- Intimar a ECOVIDRIO a que cumpla en todos sus extremos con el modelo de gestión que en su momento diseñó la autoridad de competencia y que fue publicado como Autorización Singular por Resolución de 22 de abril de 2005.

CUARTO.- Ordenar a ECOVIDRIO que en el plazo de dos meses comunique esta Resolución a todas las Administraciones Públicas con las que tiene Acuerdos firmados.

QUINTO.- ECOVIDRIO justificará ante la Dirección de Investigación de la CNC el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones impuestas en los anteriores apartados. En caso de incumplimiento se les impondrá una multa coercitiva de 600 € por cada día de retraso.

Se insta a la Dirección de Investigación para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución.”

SEGUNDO.- Los motivos de impugnación alegados por la recurrente pueden resumirse como sigue:

- 1.- Falta de congruencia y motivación de la resolución de la CNC.
- 2.- Quebranto del principio de tipicidad y del principio acusatorio. El primero por falta de predeterminación normativa del tipo infractor aplicado por la CNC, el segundo por quebranto del principio de tipicidad legal por falta de concurrencia de todos los elementos del tipo infractor del art. 1 LDC. Considera igualmente que ha tenido lugar la quiebra del principio acusatorio y alteración de la carga de la prueba.
- 3.- Inexistencia de infracción por la petición de información formulada por ECOVIDRIO.
- 4.- Ausencia de quebranto de la competencia por una presunta falta de independencia.
- 5.- Falta de antijuridicidad por el incumplimiento de los procedimientos públicos de contratación de la recogida selectiva.
- 6.- No concurren otros incumplimientos imputados por la CNC.

Por su parte el Abogado del Estado se opone a todos y cada uno de estos motivos de recurso alegando:

- 1 Se trata de una alegación puramente formal sin contenido real o efectivo en relación con el contenido constitucional del derecho de defensa.
- 2 La resolución impugnada contiene la adecuada fundamentación que permite afirmar que la actora ha infringido el art. 1 LDEC.
- 3 La resolución contiene una argumentación suficiente en relación con la petición de información realizada por la recurrente.

- **4** Basta con reproducir los razonamientos del fundamento jurídico séptimo de la resolución recurrida. En cuanto al informe de Price Waterhouse Coopers no descarta que el trato diferenciado se hubiera podido producir.

- **5** El incumplimiento de las exigencias de transparencia, publicidad, igualdad y ponderación de los criterios objetivos en la contratación de Ecovidrio supone una vulneración del art. 1 LDC.

- **6** Los restantes hechos configuran igualmente la infracción por la que se ha impuesto sanción a la hoy actora.

Por parte de la codemandada se efectúan igualmente alegaciones contrarias a la tesis de la actora remitiéndose expresamente tanto a los razonamientos del acto administrativo impugnado, como a las alegaciones efectuadas por el Abogado del Estado al contestar a la demanda.

TERCERO- El primer motivo de recurso, se fundamenta en la falta de congruencia y motivación de la resolución de la CNC: a juicio de la recurrente hay violación del artículo 24 de la Constitución cuando no hay una respuesta a las peticiones del administrado o esta no permite conocer los motivos de las decisiones del órgano que la dicta.

Este motivo de impugnación no puede prosperar: la actora confunde la congruencia con la obligación de dar respuesta detallada a todas y cada uno de las ideas expuestas por el administrado en el curso del expediente. No puede considerarse que exista incongruencia o falta de motivación porque la resolución de la Administración no de respuesta pormenorizada a cada argumento. El Tribunal Supremo, analizando la congruencia de las sentencias ha señalado que *"es, fundamentalmente, un requisito de la parte dispositiva de la sentencia que comporta su adecuación a las pretensiones formuladas por las partes y a los motivos por ellas aducidos [...] para un examen preciso de su concurrencia, debe tenerse en cuenta que argumentos, cuestiones y pretensiones son discernibles en el proceso administrativo y la congruencia exige del Tribunal que éste se pronuncie sobre las pretensiones; y requiere un análisis de los diversos motivos de la impugnación y de las correlativas excepciones u oposición que se han planteado ante el órgano jurisdiccional (sentencia de 23 de junio de 2008)."*

La actora por otra parte, mezcla en su argumentación las cuestiones que afectan al procedimiento administrativo sancionador, con aquellas que eran propias del antiguo procedimiento de autorización: en el marco de aquel, la Administración realizó manifestaciones en relación con las circunstancias en las que podría o no podría autorizarse la conducta para la que se solicita autorización. En este expediente se está evaluando una determinada conducta y se concluye que es contraria a la LDC: la pretensión de la parte actora de que se explicita por la CNC en qué concretas condiciones la conducta si es contraria o no es contraria a la LDC es admisible como argumento en defensa de su posición de que no ha tenido lugar una infracción. Pero no exige a la CNC un pronunciamiento sobre si la conducta es o no autorizable, dado que las autorizaciones por la CNC ya no están previstas en la ley.

Por lo expuesto debe desestimarse este primer motivo de impugnación.

CUARTO- Se alega en segundo lugar el quebranto del principio de tipicidad y del principio acusatorio. El primero por falta de predeterminación normativa del tipo infractor aplicado por la CNC, el segundo por quebranto del principio de tipicidad legal por falta de concurrencia de todos los elementos del tipo infractor del art. 1 LDC. Considera igualmente que ha tenido lugar la quiebra del principio acusatorio y alteración de la carga de la prueba.

Entiende la recurrente que se le sanciona por una conducta que ya no está tipificada como infracción: este argumento no puede prosperar, porque con independencia de otras consideraciones (especialmente si se ha acreditado la concurrencia de los elementos objetivo y subjetivo del tipo infractor), se sanciona a la recurrente como autora de una conducta, que en principio, la CNC órgano de la Administración encargado por la ley de sancionar las infracciones de la LDC, considera es contraria a esta, y que ha incardinado en un tipo infractor previsto en el artículo 1.

Así lo razona la resolución impugnada: *"Por tanto ECOVIDRIO al hacer su autoevaluación, para separarse de lo que previamente era obligatorio en la Autorización Singular por él solicitada, deberá acreditar que se ha producido un cambio en las circunstancias, en los mercados o en las condiciones jurídico económicas, que han dado lugar a una variación en los efectos restrictivos identificados durante el proceso de Autorización Singular y que fueron los que justificaron la imposición de condiciones para contrarrestarlos y restablecer el equilibrio competitivo."*

Igualmente alega que se ha producido la quiebra del principio acusatorio porque, a su juicio, la CNC no ha acreditado los efectos restrictivos en el mercado de la conducta considerada contraria a la libre competencia.

El propio Tribunal Constitucional viene declarando, en relación al principio acusatorio en su doble vertiente, es decir, como derecho a conocer la acusación y como derecho a la defensa, a la contestación o al rechazo de dicha acusación (STC 53/87 o Auto 84/91 de 11 de marzo, entre otras), que tal principio acusatorio «no exige la vinculación estricta del juzgador a las calificaciones jurídicas de las partes sino, únicamente, al hecho punible objeto del juicio, el cual debe permanecer inalterado entre el señalado por la acusación y aquél sobre el que recae la nueva calificación y la propia Sentencia, puesto que el objeto del proceso no es un *"crimen"* sino un *"factum"* (STC 134/86 y Auto 84/91 de 11 de marzo), siendo pues que, desde la perspectiva constitucional, lo que es exigible en todo caso es el conocimiento de los hechos imputados, para poder defenderse sobre los mismos y tal exigencia puede ser cumplida suficientemente si tales hechos se reflejan en el pliego de cargos, y si son sólo esos hechos contenidos en el pliego de cargos los que se le imputan» (ATC 84/91). Y más aún, como también ha señalado reiteradamente ese mismo Tribunal (SSTC 12/1981, 105/1983, 104/1987, AATC 749/1984, 1421/1987, entre otras muchas resoluciones), lo decisivo en la aplicación de tal principio acusatorio no es la defensa ante una determinada calificación, sino la defensa ante unos determinados hechos, de forma que cuando el interesado se ha podido defender, porque los ha conocido plenamente y desde un principio, de los hechos que se le imputaban, el que tales hechos se subsuman luego en una infracción más

grave, o en otra más leve, o desde luego se suprima una calificación, deja incólume los derechos constitucionales al conocimiento de la acusación o la defensa.

No se aprecia en este caso la alegada infracción, pues la actora ha conocido la acusación y se ha defendido de la misma.

QUINTO- La actora continúa su recurso alegando que no concurren los elementos exigidos por el tipo infractor por el que ha sido condenada:

- No hay "acuerdo de voluntades" ni siquiera se menciona la existencia de acuerdos entre los miembros de Ecovidrio, con cita de la sentencia de la Audiencia Nacional dictada en el recurso 201/2005.

- No se trata de una "decisión colectiva".

- No hay efectos de la conducta, y la producción de efectos es un elemento esencial del tipo.

La resolución impugnada declara cometida una infracción e impone una sanción por haberse llevado a cabo una conducta contraria al artículo 1 LDC, pero la fundamentación en que sustenta sus conclusiones se centra, en su mayor parte, en el análisis del incumplimiento de las exigencias impuestas en su día para conceder la autorización singular de 22 de abril de 2005:

"Por tanto, desde 2005 no se han producido cambios en el contexto económico y jurídico que deban ser tenidos en cuenta y no se aprecian motivos que modifiquen el riesgo de colusión que suponían los distintos pactos y acuerdos bilaterales y multilaterales de ECOVIDRIO, que fueron tenidos en cuenta para imponer las condiciones que se recogen en la Autorización Singular de 2005.

A juicio de este Consejo, ECOVIDRIO no tiene ninguna justificación racional para haberse separado en su funcionamiento diario del modelo de gestión que le marcó la Autorización Singular. Y si no existe ninguna justificación para haberse separado de dicho modelo antes de 1 de septiembre de 2007, desde el mismo momento en que se le concedió la autorización singular, porque la Autorización Singular le obligaba, tampoco tiene justificación alguna para no haberlo seguido con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 15/2007 porque no habían variado las circunstancias y el análisis competitivo permanecía inalterado.

Más aún, de haber iniciado su andadura bajo la Ley 15/2007, ECOVIDRIO estaría obligado a hacer una autoevaluación de las distintas actuaciones que conforman su funcionamiento para detectar y en su caso corregir, aquéllas que pudieran afectar a la competencia, y de no hacerlo así, podría ser sancionado. Si bajo la Ley 15/2007 un operador es responsable de adaptar su funcionamiento a lo exigido por las normas de competencia, o ser sancionado si su evaluación es errónea y no toma las medidas para corregir los aspectos anticompetitivos, con más razón es responsable ECOVIDRIO que tenía la evaluación realizada por el TDC, sólo tenía que seguirla y no lo ha hecho. "

Y más adelante continúa diciendo:

“Y teniendo en cuenta lo anterior, es decir, la validez del análisis realizado en su momento por el TDC, puesto que no han variado las circunstancias, la DI ha considerado que la forma más directa de realizar este análisis, es ver las desviaciones en el funcionamiento y en la gestión del SIG respecto del modelo aprobado por el TDC y considerado compatible con las normas de competencia, así como la entidad de dichas desviaciones.

No toda desviación del modelo aprobado puede ser considerada incumplimiento de una AS e infracción grave bajo la Ley 16/1987. Pero una sola desviación del modelo que afecte al núcleo de la Autorización, sería considerada sin lugar a dudas un incumplimiento sancionable directamente bajo la Ley 16/1989 y por idéntica razón, el no cumplir las condiciones que le harían eximible por el artículo 1.3 de la Ley 15/2007, cae directamente bajo el punto 1 del mismo artículo y constituye una infracción del mismo.”

A la vista de estas consideraciones y de los motivos de impugnación alegados por la recurrente, procede analizar los razonamientos tenidos en cuenta por la CNC en la resolución impugnada para concluir en la existencia de una práctica prohibida contraria al art. 1 LDC

SEXTO- Frente a la conclusión alcanzada por la CNC se alzan los argumentos de la actora:

A) La argumentación de la CNC aborda el análisis de los hechos no a la luz de las exigencias del artículo 1 LDC, sino realizando un estudio pormenorizado de los incumplimientos de la autorización concedida en su día: *“-. Los Hechos Acreditados recogen de forma detallada los distintos incumplimientos de ECOVIDRIO, que afectan a cuatro de las ocho condiciones impuestas, a saber:*

a) La condición numero 2, relativa a la prohibición de recabar información que no fuera la estrictamente imprescindible para el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la legislación aplicable.

b) La condición numero 3, dirigida a mantener una estricta estanqueidad en la información que circula por el SIG de modo que la información sensible, secretos de negocios, no circule de forma que permita comportamientos concertados, y

c) Las condiciones 7 y 8, que establecen los criterios objetivos de contratación en los distintos mercados en que participa ECOVIDRIO.

Cualquiera de estos incumplimientos, o mejor cualquier actuación de ECOVIDRIO que no cumpla con todas o con alguna de las exigencias más arriba descritas, caso de acreditarse, tiene entidad suficiente para hacer que el funcionamiento de ECOVIDRIO deba considerarse en infracción del artículo 1 de la LDC.”.

B) La actora alega que no existe infracción por la petición de información formulada por ECOVIDRIO, la ausencia de quebranto de la competencia por una presunta falta de independencia y la falta de antijuridicidad por el incumplimiento de los procedimientos públicos de contratación de la recogida selectiva.

Analiza la resolución los citados elementos comenzando por el relativo a la "información" (*en relación con la prohibición de recabar información que no fuera la estrictamente imprescindible para el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la legislación aplicable*) y señala que ECOVIDRIO solo puede reunir la información que necesite *"para cumplir sus obligaciones legales, y toda información adicional no está justificada y sólo puede tener como finalidad un uso anticompetitivo o al menos es susceptible de ser usada en ese sentido"*. Se está estableciendo así por la Administración una presunción que es incompatible con el derecho sancionador: para identificar la concurrencia de los elementos objetivo y subjetivo de la infracción es preciso analizar y determinar si la recopilación de información está o no justificada, si tiene o no un uso anticompetitivo, y en ausencia de ese análisis no puede darse por sentado como hace la CNC que necesariamente se trata de una actuación con finalidad anticompetitiva.

La resolución analiza de todos modos la información que considera ilegal:

"ECOVIDRIO incluía en los concursos de tratamiento, la obligación de las empresas adjudicatarias de darle información mensual, no sólo del vidrio cuyo tratamiento le había encargado ECOVIDRIO, sino del que recibían de otras fuentes:

o Vidrio cuya gestión de tratamiento fuese encargada por ECOVIDRIO:

[...]

o Vidrio de otra procedencia:

Vidrio de entrada: Peso en Kgs. de procedencia (siempre que ello sea posible), agrupado en tres categorías:

- Plantas de Selección de Residuos,*
- Plantas de Envasado*
- Cualquier otro vidrio que no provenga de las fuentes anteriores (bajo el epígrafe de Privado).*

Vidrio de salida: Peso en Kgs. agrupado por sector de actividad del destinatario."

Y en los concursos de calcín, tal como se recoge en los HA CINCO, hecho 18 a), ECOVIDRIO solicita, con la justificación de calcular la "tasa nacional de reciclado", no sólo datos del vidrio que han recibido a través del SIG, sino del vidrio de otra procedencia. Dice explícitamente... "el vidrio de envase recuperado, tanto a través de ECOVIDRIO como de otras fuentes".

La conclusión que extrae la CNC es que contar con estos datos permite a ECOVIDRIO identificar a otros agentes que están operando en el sector pero al margen del SIG a lo que se suma el dato de que el cálculo de la tasa nacional de reciclado es competencia del Estado no de ECOVIDRIO. Como analiza el informe pericial aportado por ECOVIDRIO, el conocimiento de esta información podría dar lugar a algún daño competitivo si facilitara la colusión entre empresas envasadoras: es cierto que el art. 1 LDC contempla los acuerdos, decisiones o recomendaciones colectiva o prácticas concertadas o conscientemente paralelas que "tengan por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia..." y por tanto no es necesaria la producción de efectos anticompetitivos pero si la posibilidad de causarlos. En este caso la CNC se limita a analizar el informe pericial aportado por la parte actora para señalar que no es concluyente respecto a la falta de efectos, sin exponer la CNC la relación causa posible efecto

anticompetitivo de los elementos analizados (el relativo a la información en primer lugar). Esta Sala considera que no constituye tal posible efecto el que no cree incentivos para impulsar un funcionamiento competitivo de los mercados, o la referencia a que *"ya ha sido acreditada su participación en un reparto del mercado del calcín y en la exclusión de determinados operadores"*.

En relación con la estanqueidad de la información, en la autorización origen de este litigio se había señalado que es preciso que *"la información considerada secreto de negocio no sea accesible a los diferentes operadores, sentando las bases para evitar comportamientos concertados que permitan a las empresas la búsqueda de un equilibrio de precios, o de otras condiciones de producción diferentes de las que harían resultado de la competencia."*....

Y como forma de garantizar esta circunstancia se estableció una obligación en relación con los empleados:

"3 i) La información tratada por los empleados de ECOVIDRIO:

Se tratará bajo las siguientes cautelas:

• Independencia: Ninguno de los empleados pertenece a las empresas asociadas a ECOVIDRIO o contratistas de ECOVIDRIO."

La CNC detecta irregularidades en las delegaciones de Cataluña y de Aragón y Levante porque:

- La delegación de ECOVIDRIO en Cataluña compartió dirección, teléfono y fax con una empresa de tratamiento, contratista de ECOVIDRIO. Esta reconoce que se produjo dicha situación y alega que fue un error del gerente de la zona que corrigieron *"antes de iniciarse este procedimiento"*.

- Un empleado de ECOVIDRIO, D. XXX, delegado de ECOVIDRIO en Aragón y Levante desde 2001 hasta la fecha, era al mismo tiempo apoderado de Cristales Molidos, S.L., empresa perteneciente al Grupo G. M., dedicado a la transformación y comercialización de todo tipo de vidrio para usos distintos a los tradicionales y que es asociado y contratista de ECOVIDRIO.

ECOVIDRIO alega que no era conocedor de esa situación y que en todo caso, no ha ejercido el apoderamiento, que se revocó en abril de 2006 tras la Autorización Singular. La CNC lo reconoce: el poder se revocó en 2006 y se dio de baja en el registro en junio de 2007.

La Resolución impugnada no contempla efectos o posibles efectos anticompetitivos de tales circunstancias, y en el marco de un expediente administrativo sancionador por una infracción del art. 1 LDC corresponde a la Administración o bien justificar los efectos anticompetitivos de las actuaciones declaradas probadas o bien analizar el por qué, en ausencia de estos, la conducta es igualmente constitutiva de infracción por su objeto o por la posibilidad de causar efectos anticompetitivos.

En relación con los criterios objetivos de contratación en los mercados en los que participa ECOVIDRIO, la autoridad administrativa en las condiciones impuestas para conceder la autorización señaló que *"la contratación debe hacerse con publicidad,*

conurrencia, igualdad y los criterios objetivos que aparezcan en los pliegos deben tener una ponderación como la fijada por el TDC, 65% los criterios económicos (precio) y 35 % los no económicos (calidad, logística, etc.)."

En la resolución impugnada se señala que *"Vigente o no la Autorización, los acuerdos bilaterales llevados a cabo por ECOVIDRIO sin atenerse a los requisitos establecidos por el TDC para acogerse a la exención, tienen capacidad para distorsionar los mercados y son anticompetitivos."*

Y continúa razonando:

"ECOVIDRIO no sacaba a concurso público, en condiciones de publicidad objetividad y transparencia ni la asignación de los servicios de recogida y tratamiento, ni la adjudicación del calcín."

ECOVIDRIO no ha convocado ningún concurso de recogida en territorios como Albacete, Murcia, Alicante, Aragón y Cataluña, manteniendo los que tenía previos a la Autorización Singular.

Y aquellos concursos que ha convocado muestran importantes irregularidades como por ejemplo, no remitir la convocatoria a todos los posibles interesados, como disponía la Autorización Singular o resolver el concurso y publicar la adjudicación antes incluso de que se reuniera el comité de adjudicación."

La CNC parece considerar que tales circunstancias son per se contrarias a la Libre Competencia, mientras ECOVIDRIO justifica tales hechos:

- La Resolución de Autorización Singular no le obligaba a resolver los contratos verbales, (según la recurrente tales contratos constituían la gran mayoría de los firmados) y anticipadamente los contratos firmados por escrito (folio 4.637),
- y dado los plazos de vigencia de estos últimos, la virtualidad de la Autorización Singular sería nula.

La propia CNC reconoce que la autorización singular tiene la finalidad de evitar conductas colusivas, y que, si bien la Resolución de Autorización Singular no impone de forma expresa a ECOVIDRIO la obligación de rescindir los contratos en vigor que no se ajusten al modelo de gestión autorizado, tampoco contiene disposición alguna por la que se aplase la vigencia de la autorización a la terminación de los contratos en vigor.

En su razonamiento, la CNC ofrece argumentos relativos al incumplimiento de la autorización pero no analiza el por qué las condiciones de los contratos en cuestión constituyen una conducta contraria al art. 1 LDC:

"Asentado que ECOVIDRIO venía obligado a sacar a concurso todos los contratos una vez que la AS lo establecía (a riesgo de incumplir la Resolución de Autorización Singular e incurrir en una conducta prohibida), y que ese era el modelo de funcionamiento del SIG, compatible con las normas de competencia, y por tanto acreditado que la no convocatoria de concursos en múltiples territorios es contrario al artículo 1 de la LDC"

....
Pretende ECOVIDRIO que, sólo tiene obligación de adjudicar por concurso cuando va a contratar de forma conjunta la recogida y el tratamiento tal como establece la condición 8, y que no exige concursos para la recogida si ésta se adjudica de forma separada del tratamiento, puesto que en el mercado de recogida no tiene posición de dominio. Olvida ECOVIDRIO que la Autorización Singular no se relaciona con su posición en los mercados, sino con las características de su organización y funcionamiento, que permite acuerdos colusorios entre sus asociados, incluidos los agentes de recogida."

La resolución ha señalado desde el primer momento que si ECOVIDRIO se separa de las condiciones impuestas en la Autorización Singular *"deberá acreditar que se ha producido un cambio en las circunstancias, en los mercados o en las condiciones jurídico económicas, que han dado lugar a una variación en los efectos restrictivos identificados durante el proceso de Autorización Singular y que fueron los que justificaron la imposición de condiciones para contrarrestarlos y restablecer el equilibrio anticompetitivo"*. Resulta así que se establece una inversión de la presunción de inocencia que es incompatible con nuestro sistema constitucional: no puede admitirse que, en las circunstancias del caso, en que por una modificación legal ha desaparecido el anterior sistema de autorizaciones, por haber obtenido una en su momento, se altera la carga de la prueba. Incluso dando por probado el incumplimiento de las condiciones que en su día se impusieron para conceder la autorización, corresponde a la Administración acreditar que las conductas en las que se concretan los referidos incumplimientos constituyen conductas prohibidas y que, concurriendo igualmente el elemento subjetivo de la infracción, procede la imposición de una sanción.

En relación con la existencia o inexistencia de efectos de la conducta enjuiciada, del tenor literal de la resolución resulta que la CNC lo considera una infracción por objeto porque tras analizar la alegación de ECOVIDRIO de que no se han demostrado efectos, expone que *"Al margen de que la decisión de ECOVIDRIO, de no actuar en los mercados de acuerdo con el modelo considerado respetuoso de las normas de competencia, debe considerarse como una infracción por objeto, el informe de parte aportado por ECOVIDRIO, no es en absoluto concluyente respecto a la falta de efectos"*.

Y añade en el fundamento undécimo:

"Por otra parte los efectos sobre el mercado y sobre los consumidores, que sin duda existen, no han sido valorados en la instrucción. "

Como recuerda la recurrente en el escrito de demanda, la CNC debería haber razonado y acreditado que tales efectos podían producirse. El informe pericial aportado en autos concluye que no hay evidencia de que los incumplimientos de los requisitos de la autorización litigiosa hayan causado efectos negativos sobre los precios de los servicios relacionados con el reciclado de vidrio, ni sobre los mercados relacionados con la gestión de residuos de vidrio, lo que implicaría una ausencia de efectos negativos sobre los consumidores finales.

El Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda aporta su valoración de los efectos: de la simple descripción de los incumplimientos resultaría que se deja a los agentes económicos sin la posibilidad de intervenir en este mercado, o sin acceso a la información necesaria para acceder al mismo o porque se ven afectados por el exceso de información que tienen que suministrar. Tales conclusiones son meramente teóricas y carecen de soporte probatorio y de razonamiento sobre la relación causa-posible efecto en la resolución impugnada. Como igualmente señala la demandante, la CNC se remite a los análisis realizados en el año 2005 al otorgar la autorización, y tal "análisis de efectos" tenía un alcance y unas finalidades específicos que no pueden aceptarse sin mayor soporte probatorio como fundamento para la declaración de comisión de una infracción del art. 1 LDC y la imposición de una sanción.

De cuanto queda expuesto resulta la estimación del presente recurso, debiendo anularse la resolución impugnada por cuanto no se ha acreditado la comisión de la infracción por la que se impone una sanción a la recurrente.

SEPTIMO- No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución,

FALLAMOS

Que debemos **ESTIMAR y ESTIMAMOS** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **SOCIEDAD ECOLOGICA PARA EL RECICLADO DE LOS ENVASES DE VIDRIO** contra el Acuerdo dictado el día 29 de julio de 2010 por la Comisión Nacional de la Competencia descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, el cual anulamos por no ser conforme a derecho. Sin efectuar condena al pago de las costas.

Notifíquese a las partes esta sentencia, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 248 pfo. 4 de la Ley Orgánica de Poder Judicial.

Así, por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso- lo pronunciamos, mandamos y fallamos.

14 de diciembre de 2011

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Ilma. Sra. Magistrado Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando Audiencia Pública la sección Sexta de la Sala de Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.