

Id. Cendoj: 28079230062012100494
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 15/10/2012
Nº de Recurso: 180/2010
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: LUCIA ACIN AGUADO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Defensa de la Competencia.

Idioma:

Español

SENTENCIA

Madrid, a quince de octubre de dos mil doce.

Visto el recurso contencioso administrativo nº 180/2010 que ante esta **Sección Sexta** de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **CONSEUR SA** representada por el Procurador de los Tribunales D. Arturo Molina Santiago contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 18 de enero de 2010 (expediente NUM000) "Gestión de Residuos Sanitarios" sobre conductas prohibidas por la Ley 16/1989 de *Defensa de la competencia*. La Administración demandada ha estado representada y defendida por el Abogado del Estado. Han intervenido como codemandados D. Diego , D^a Ramona y la sociedad Andaluza de Tratamientos de la Higiene SA (ATHISA) representados por el Procurador de los Tribunales D. Gustavo Gómez Molero e Interlun SI representada por el Procurador de los Tribunales D. Alberto Hidalgo Martínez. La cuantía del recurso es de 4, 4 millones de euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO: El 4 de marzo de 2010 la representación procesal de la parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo contra el acto indicado en el encabezamiento de esta sentencia ante esta Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. Se turnó a la *sección sexta* donde fue admitido a trámite, reclamándose el expediente administrativo. Presentada demanda el 30 de julio de 2010 la parte solicitó se dicte sentencia *"estimando nuestras pretensiones, declare la nulidad o anule el acto administrativo y deje sin efecto la sanción impuesta y las intimaciones en aquél contenidas; subsidiariamente reduzca la sanción impuesta conforme a los pedimentos del fundamento de derecho noveno de nuestra demanda"*.

Se emplazó al Abogado del Estado que contestó a la demanda mediante escrito de 21 de marzo de 2011. Solicitado el recibimiento a prueba y practicadas las declaradas pertinentes, se presentaron conclusiones por las partes. Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que se efectuó para el 9 de octubre de 2012

VISTOS los artículos legales citados por las partes y demás de general y pertinente aplicación, y siendo Ponente Doña LUCIA ACIN AGUADO, Magistrada de la Sección.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO: El acto impugnado es la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 18 de enero de 2010 (expediente NUM000) "Gestión de Residuos Sanitarios" que declara que ha resultado acreditada una infracción del artículo 1.1 c) de la Ley 16/1989 de 17 de julio de Defensa de la Competencia , consistente en un acuerdo para repartirse los clientes públicos del mercado de gestión de residuos sanitarios de la que son responsables las empresas Consenur, SA; Cespa, Gestión de Residuos, SA; Interlun, SL y Sistemas Integrales Sanitarios. Dicha resolución acuerda imponer a la empresa aquí recurrente Consenur una multa de cuatro millones cuatrocientos mil euros (4,4 millones de euros) y asimismo ordena la publicación de dicha resolución a costa de las sancionadas en el. BOE y en dos diarios de información general, ente aquellos de mayor difusión de ámbito nacional.

La resolución de la CNC considera que existe una infracción única consistente en una práctica continuada de reparto de mercado de gestión de residuos sanitarios que se ha llevado a cabo a través de distintas actuaciones: 1) acuerdos para concurrir a las licitaciones públicas en UTE (CONSEUR y CESPAN en Cataluña, Valencia y Castilla-La Mancha y la de CONSEUR y SIS en Aragón) sin que haya quedado demostrado la necesidad objetiva de la misma, o la eficiencia de las mismas y su repercusión en beneficio del interés general, 2) la presentación de forma selectiva a las licitaciones públicas presentándose para no ganar como hacen CONSEUR y CESPAN en Extremadura, y facilitando de ese modo la adjudicación a INTERLUN o absteniéndose de participar en determinados concursos. Todo ello coordinado en reuniones celebradas a distintas bandas entre las imputadas y mediante el intercambio de comunicaciones frecuentes que constan acreditadas en el expediente y que las imputadas no han negado que hayan tenido lugar.

SEGUNDO: Al objeto de fundamentar el recurso realiza las siguientes alegaciones:

1. Nulidad de la resolución sancionadora en la medida que incorpora hechos distintos de los determinados por la Dirección de Investigación a través del ejercicio extralimitado de la función de calificación.

2. Nulidad de la resolución por haberse denegado de forma injustificada los medios de prueba.

3. Nulidad de la resolución por vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio al no haber sido observados en la realización del registro domiciliario los límites y garantías esenciales de proporcionalidad en el ejercicio de la potestad inspectora autorizada judicialmente por la CNC.

4. Nulidad de la resolución sancionadora por infracción del derecho fundamental a la

presunción de inocencia que establece el artículo 24.2 CE en relación con el artículo 137.1 de la Ley 30/92 al no haber sido realizada actividad probatoria suficiente para entender legítimamente desvirtuada aquella.

5. Nulidad de la resolución recurrida por omisión de la carga de la prueba que incumbe a la Administración titular de la potestad sancionadora, desplazándola indebidamente a cargo de los interesados, imponiéndoles el deber inexigible de acreditar y demostrar la falta de realización de los hechos, su participación en los mismos, de la culpabilidad determinante de la imputación o de la juricidad o justificación de su comportamiento.

6. Nulidad de la resolución sancionadora porque aun en el supuesto de que se estimare que descansa sobre pruebas mínimamente idóneas para entender desvirtuada la presunción de inocencia, la evidencia inculpatória inferible de las mismas no resulta bastante para la imposición de la sanción, vulnerándose el principio "in dubio pro reo".

7. Nulidad de la resolución sancionadora por falta de tipicidad de los hechos sancionados.

8. Subsidiariamente nulidad de la resolución sancionadora al haber excedido el límite máximo establecido en el artículo 10.1 de la LDC

Varias de las cuestiones planteadas en este recurso ya han sido resueltas por esta sección en sentencia de 2 de marzo de 2011 en el recurso 1/2010 , en la que se impugnó por CONSENUR, aquí recurrente la misma resolución por el procedimiento previsto en los artículos 114 y siguientes de la Ley 29/98 de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Dicha sentencia desestimó el recurso interpuesto. Asimismo la sentencia de 9 de julio de 2012 del Tribunal Supremo ha desestimado el recurso de casación interpuesto contra la misma. De las mismas resulta que:

-No se ha infringido el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio que garantiza el artículo 18.2 de la CE por las siguientes razones 1) no ha habido desproporción en la búsqueda y en la obtención de información durante el registro ya que no se siguieron criterios indiscriminados dado el ámbito limitado en que se concretó el registro consistente en el rastreo y copia de archivos de únicamente tres ordenadores 2) no se ha puesto de manifiesto que la Administración se apartara de la autorización judicial o de la orden de inspección, y 3) No se ha indicado que concreto documento copiado durante el registro fuera ajeno al ámbito de la investigación.

-No se ha vulnerado el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones regulado en el artículo 18.3 CE porque la interceptación de las mismas se produjo mediante autorización judicial y no se ha acreditado ningún exceso sobre la misma, ni sobre los márgenes que imponía la orden de Inspección.

-No se ha vulnerado la presunción de inocencia que garantiza el artículo 24.2 de la CE ya que los documentos en que se apoya la resolución tal como indica la STS de 9 de julio de 2012 *"No solo permiten acreditar entendimientos y acuerdos empresariales, sino también contrastados con otros hechos que constan en el expediente, corroborar la existencia de estrategias dirigidas al reparto de los clientes públicos del mercado de gestión de residuos sanitarios, mercado en el cada una de as empresas imputadas tienen el negocio concentrado en las mismas comunidades autónomas sin grandes variaciones de año a año. La resolución de la Comisión Nacional de la Competencia lo*

explica con claridad especialmente en las páginas 76 y siguientes, respondiendo precisamente a las alegaciones de las interesadas que negaban toda práctica restrictiva".

Por tanto en este recurso a la vista de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2012 debemos partir que consta acreditado la existencia de estrategias dirigidas al reparto de los clientes públicos del mercado de gestión de residuos sanitarios. Esas estrategias dirigidas al reparto de mercado de gestión de residuos sanitarios se ha llevado a cabo tal como indica la CNC a través de distintas actuaciones: 1) acuerdos para concurrir a las licitaciones públicas en UTE (CONSENUM y CESPAN en Cataluña, Valencia y Castilla-La Mancha y la de CONSENUM y SIS en Aragón) sin que haya quedado demostrado la necesidad objetiva de la misma, o la eficiencia de las mismas y su repercusión en beneficio del interés general, 2) la presentación de forma selectiva a las licitaciones públicas presentándose para no ganar como hacen CONSENUM y CESPAN en Extremadura, y facilitando de ese modo la adjudicación a INTERLUN o absteniéndose de participar en determinados concursos.

Ello reduce el examen de las alegaciones del recurrente que queda limitado a examinar las siguientes cuestiones:

- 1) Si se ha modificado por el Consejo los hechos recogidos en el pliego de cargos
- 2) Si el hecho de que el reparto de mercado de residuos sanitarios se haya hecho a través de una UTE impide que pueda imponerse una sanción a las empresas que la integran.
- 3) La motivación y proporcionalidad de la sanción impuesta.

TERCERO: En el antecedente de hecho 12 de la resolución impugnada se dice que *"Por acuerdo de fecha 21 de octubre de 2009, el Consejo procedió a modificar la calificación jurídica de los hechos, en el sentido de considerar a la empresa SIS como imputada de la infracción de prácticas concertadas continuadas en el mercado nacional de gestión de residuos sanitarios sometiendo dicha calificación a los interesados para alegaciones"*. Pretende el recurrente que se declare la nulidad de la resolución sancionadora en la medida en que ésta incorpora hechos distintos de los determinados por la Dirección de Investigación a través del ejercicio extralimitado de la función de calificación, pero no concreta el recurrente cuales son los hechos distintos en que se basa la nueva calificación sino que se limita a indicar que el Consejo no puede modificar la calificación respecto de SIS sin proceder a la práctica de nuevas pruebas tendentes al esclarecimiento de los hechos, para lo cual tenía que haber instado a la Dirección de Investigación para que practicara dichas pruebas. Como señala el codemandado no procede la devolución del expediente a la Dirección de Investigación para trámites adicionales o nueva valoración de los hechos ya que conforme establecen los artículos 51.1 de la LDC y 36 del RDC ello está previsto para aquellos casos en los que el Consejo estime que la existencia o inexistencia de la práctica prohibida no ha quedado suficientemente acreditada en el informe de la Dirección de Investigación pero no para aquellos otros casos en que estando de acuerdo con los hechos fijados por la Dirección de Investigación y su valoración fáctica se llega a una calificación distinta supuesto en que es aplicable el artículo 51.4 que establece que *"cuando el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia estime que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido calificada debidamente en la propuesta de la Dirección de Investigación, someterá la nueva calificación a los interesados y ésta para que en el plazo de quince días formulen las alegaciones que*

estimen oportunas".

CUARTO: Hay que partir de que la mera creación de una UTE para participar en un concurso público no es un acuerdo prohibido por el artículo 1 de la Ley 16/1989, es decir no son acuerdos anticompetitivos per se ya que son figuras plenamente lícitas y admitidas por la legislación e incluso en los procesos de contratación pública expresamente se establece que podrán presentarse a los mismos empresas de forma individual o Uniones Temporales de empresa. La resolución de la CNC reconoce que la creación de UTE's en sí mismas no constituyen un acuerdo anticompetitivo y los acuerdos para su formación deben analizarse en función de las características de las empresas que lo forman y del contexto concreto en que se producen. Se remite a las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal (Diario Oficial núm. C 003 de 06/01/2001) apartado 143 y a sus propios precedentes. La resolución del TDC de 20 de enero de 2003 (expte 504/01) terapias respiratorias domiciliarias para concluir que los acuerdos previos entre competidores que son las UTEs no caerían bajo las normas de competencia si fueran la única forma de poder proveer este servicio. En caso contrario están sometidos a las normas de la competencia sin perjuicio de que puedan ser autorizados por la CNC si se dan los requisitos establecidos en el artículo 3 de la Ley 16/1989. A ello habría que añadir que también estarían autorizadas si la conducta se hubiera realizado al amparo de una Ley (artículo 2 de la Ley 16/1989).

Se quiere precisar que en esta sentencia no vamos a analizar si el acuerdo para concurrir a las licitaciones públicas en UTE constituye una de las actuaciones que integran la conducta consistente en el reparto de los clientes públicos del mercado de gestión de residuos sanitarios ya que como hemos señalado la sentencia del Tribunal Supremo ya ha establecido que ha quedado acreditada dicha conducta. Tampoco vamos a analizar si se dan los supuestos del artículo 3 de la Ley 16/1989 que permitía en caso de concurrir, que dichos acuerdos pudieran ser autorizados por el Tribunal de Defensa de la Competencia (ahora artículo 1.3 de la Ley 15/2007 en que ya no se requiere para su aplicación la existencia de autorización singular) ya que no consta haya sido solicitada por el recurrente la correspondiente autorización administrativa conforme al artículo 4 de la Ley 16/1989 .

Por tanto lo que vamos a analizar es si ese acuerdo restrictivo de la competencia no está prohibido como consecuencia de la aplicación de una ley. El artículo 2.1 de la LDC referido a "*conductas autorizadas por ley*" establecía en la redacción dada por la Ley 52/99. "*Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del artículo 1 no se aplicarán a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resulten de la aplicación de una ley*". En la ahora vigente Ley de Defensa de la Competencia (Ley 15/2007, de 3 de julio), la excepción se mantiene en los mismos términos "*las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley*". Hay que partir de que la aplicación del artículo 2.1 de la LDC 16/1989 supone admitir la existencia de una conducta o práctica que restringe la competencia prevista al artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio de Defensa de la Competencia teniendo en cuenta el criterio mantenido por el Tribunal Supremo que en relación al artículo 2.1 de la LDC 16/1989 ha establecido que "*semejante cláusula está destinada a exceptuar de manera directa y específica conductas concretas que por sí mismas estarían incursas en las prohibiciones del artículo (STS de 4 de noviembre de 2008) o que este precepto se refiere de manera directa a acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que por sí mismas estarían incursas en el artículo 1 de la propia Ley pero que, por estar contempladas en una Ley o en las disposiciones*

reglamentarias dictadas en su ejecución, quedarían amparadas frente a dicho artículo 1" (STS de 27 de octubre de 2005).

Para no aplicar la prohibición del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia , es necesario conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 27 de octubre de 2005 y STS de 4 de noviembre de 2008) que esa Ley *"específicamente autorice acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que, de no ser por su mediación, estarían incurso en las prohibiciones del artículo 1"*. Es decir que el contenido normativo de la misma sea el de *"exceptuar de las previsiones del artículo 1 de dicha Ley aquellas conductas concretas que el legislador quiere dejar fuera de dichas prohibiciones... y se tendría que haber dicho de manera inequívoca"*.

La parte pretende ampararse en la Ley 18/1982 de 28 de mayo *" sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de Empresas y de las Sociedades de desarrollo industrial regional "* para considerar que no es una conducta prohibida lo que no puede acogerse ya que dicha Ley no tenía por objeto amparar cualquier conducta con resultados anticompetitivos realizadas por las UTEs sino tal como indica su título y el artículo 1 procedía a regular los requisitos para que las Uniones Temporales de Empresa puedan acogerse al régimen tributario previsto en la misma. Por otra parte específicamente establece en el artículo 2 que *" Las actividades y repercusiones económicas de las Agrupaciones de Empresas y Uniones Temporales de Empresas serán objeto de especial vigilancia por el Ministerio de Hacienda, para constatar si su actividad se ha dedicado exclusivamente al cumplimiento del objeto para el que fueran constituidas. El cumplimiento de esta función se realizará por la Inspección Financiera Tributaria, sin perjuicio, y con independencia de la aplicación por los Organismos o Tribunales correspondientes de las medidas ordinarias o especiales establecidas o que se establezcan para evitar actividades monopolísticas o prácticas restrictivas de la competencia"*. Admitir la alegación del recurrente supondría que en todo caso cuando la entidad licitadora sea una UTE nunca se podrían aplicar las prohibiciones del artículo 1 aun cuando se considerara acreditado como este caso que ha existido una conducta restrictiva de la competencia. Ello no es lo querido por el legislador. Así la Ley 20/2007 de 30 de octubre de Contratos del Sector Publico establece expresamente la aptitud para contratar con el sector público de las uniones temporales de empresas pero en la disposición adicional vigésimo séptima se refiere expresamente a las *"Prácticas contrarias a la libre competencia y señala que Los órganos de contratación y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado notificarán a la Comisión Nacional de la Competencia cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación"* .

La sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2010 se refiere a un supuesto distinto ya que en ese caso a diferencia del aquí analizado era una Ley específica del sector de hidrocarburos la que permitía de forma expresa un determinado pacto de exclusividad sujeto a determinadas condiciones en un contexto de liberalización del mercado. Así el artículo 47 de la Ley 34/1998 establecía como principio general que la comercialización al por menor de gases licuados del petróleo envasados será realizada libremente pero como excepción en el apartado tercero señalaba que *"sólo podrán establecerse pactos de suministro en exclusiva de gases licuados del petróleo envasados entre los operadores y los comercializadores a los que se refiere el presente artículo, cuando se garantice a los usuarios que lo soliciten el suministro domiciliario de*

gases licuados del petróleo envasados".

QUINTO : Subsidiariamente solicita una reducción del importe de la multa ya que a) la resolución impugnada ignora el límite del 10% de la facturación de la empresa infractora ya que se impone a Consenur una sanción equivalente al 14,6% de su facturación en el último año 2) además la multa impuesta a Consenur resulta completamente desproporcionada tanto en relación con las sanciones impuestas al resto de las empresas sancionadas 3) no consta que la conducta sancionada haya producido efectos.

El Abogado del Estado no realiza alegación alguna en el escrito de demanda en relación a la proporcionalidad de la sanción. Vamos a examinar cada una de las alegaciones

a) En cuanto a la superación del límite máximo de la sanción entiende que por lo menos se debe reducir la sanción al 10% predeterminado normativamente esto es a 3 millones de euros. Alega la parte recurrente que según reconoce la propia resolución impugnada, la facturación a tomar en consideración, a efectos de la determinación del límite máximo previsto en las disposiciones anteriormente mencionadas (artículo 10 LDC 1989) es de 30 millones de euros y sin embargo la sanción impuesta a Consenur ha sido de 4,4 millones de euros, esto es un 14,6% de la facturación de la empresa superándose así en más de 4 puntos porcentuales el límite legalmente previsto. Entiende que por lo menos se debe reducir la sanción al 10% predeterminado normativamente esto es a 3 millones de euros.

El artículo 10 de la LDC 1989 establece que *"el Tribunal podrá imponer multas de hasta 150.000.000 ptas. (901.518,16 euros) cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por ciento del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal"*.

En este caso se indica en la resolución recurrida que *"el Consejo ha tenido en cuenta debidamente ponderados, los ingresos que desde el año 2002 a 2007 han obtenido las empresas infractoras en el mercado de residuos sanitarios a clientes públicos"* y acuerda imponer a CONSENUR una multa de 4,4 millones de euros.

La resolución recurrida no precisa al graduar la sanción, cual es el volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal (la resolución del Tribunal es del año 2010 por lo tanto serían los ingresos del año 2009) Se limita a indicar que *"dichos ingresos son los que constan en el expediente no refutados por las imputadas y en el caso de CESPAS la facturación que la empresa ha aportado en sus alegaciones"* . En estas circunstancias y dado que no indica la resolución recurrida en cual de los 8.963 folios del expediente constan esos ingresos del año 2009. y dado que no ha sido rebatido por el Abogado del Estado ni por el codemandado las cifras que se indican por el recurrente se considera que 30 millones de euros es la facturación del volumen total de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal y por tanto la multa no puede superar el 10% de esa cantidad. Por tanto el importe máximo es de 3 millones de euros.

b) Alega que se ha vulnerado el principio de igualdad ante la Ley ya que la sanción que se le ha impuesto es muy superior a las demás empresas que participaron en la comisión de la infracción teniendo en cuenta el total de su facturación. Pone de relieve que la multa impuesta a CONSENUR SA es de 4.400.000 euros siendo la facturación

total de la empresa en 2007 de 30 millones de euros (lo que supone un coeficiente del 14,6%). La multa impuesta a CESPAS Gestión de Residuos SA es de 2.000.000 euros siendo la facturación total de la empresa en 2007 de 176.117.000 euros (lo que supone un coeficiente del 1,7%), La multa impuesta a SIS es de 5.900.000 euros siendo la facturación total de la empresa en 2007 de 5.900.000 euros (lo que supone un coeficiente del 3,3%). Solicita que se reduzca la sanción a un 1,7% de su facturación (30 millones) ya que ese es coeficiente que se ha aplicado a CESPAS.

No se considera que se haya vulnerado el principio de igualdad por las siguientes razones: En cuanto a la comparación con CESPAS los volúmenes que compara no son iguales ya que como se recoge en el hecho probado 1 de la resolución recurrida en relación a los datos de 2007 (folio 11 de la resolución), el volumen total de facturación de CONSENUR corresponde sólo a la facturación derivada de la gestión de residuos sanitarios ya que es una sociedad exclusivamente dedicada a la gestión de residuos sanitarios mientras que en el caso de CESPAS su actividad no es sólo la gestión de residuos sanitarios sino la gestión de todo tipo de residuos y desechos. Por lo tanto la facturación de CESPAS en 2007 fue de 176.117.000 euros, pero precisa la resolución recurrida que de esta facturación sólo la cifra de 18.718.796 (10,63%) corresponde a la gestión de residuos sanitarios. Por tanto la multa impuesta a CESPAS supone un coeficiente del 10,68% sobre el volumen total de facturación de la empresa sobre residuos sanitarios en el año 2007. (18.718.796 euros).

Si se calcula el porcentaje comparando el volumen CONSENUR Y CESPAS en la gestión de residuos sanitarios la diferencia es por tanto del 4%. Esta diferencia se justifica teniendo en cuenta que la resolución recurrida señala que *"CONSENUR es la líder del mercado y la líder también en la gestión de la estrategia de distribución del mercado"* (folio 85) con unas cuotas de mercado del 43% y 25% respectivamente y por otra parte en el periodo 2002 a 2007 las cuotas medias del periodo de facturación total/facturación clientes públicos son 54/56% para CONSENUR y 34/32% CESPAS.

En cuanto a SIS se razona en la resolución recurrida el importe reducido de la sanción y así se indica que *"respecto a SIS existe constancia fehaciente de su relación con CONSENUR desde el año 2002 y su cuota de mercado es próxima al 10%. No obstante en la fijación de la multa, el Consejo tras haber considerado los ingresos obtenidos en el mercado público, ha tenido en cuenta que la empresa no tenía capacidad técnica para presentarse en solitario en el concurso de Aragón al que acudió en UTE con CONSENUR, razón por la que considera adecuada y proporcional la multa de 200.000 euros"*. No concurren las mismas circunstancias entre SIS y CONSENUR ya que como se indica en la resolución recurrida (final razonamiento jurídico cuarto, folio 66) si bien todas participan en la única conducta de reparto de mercado cada una lo hace *"en la medida y en función de su posición de mercado y de su ámbito territorial de actuación. CONSENUR participa en todas las actuaciones y CESPAS tiene una amplia participación en tanto que SIS e INTERLUN son reunidas, contactadas o llegan a acuerdos más concretos, limitados y restringidos a un menor ámbito geográfico que es el que despliegan su actividad"* la infracción cometida por CONSENUR y CESPAS abarca un número mayor de actuaciones que integran la infracción continuada de reparto de mercado tal como se indica en la resolución recurrida". En cuanto a la UTE de Aragón, CONSENUR sí que tenía capacidad técnica para presentarse en solitario al concurso.

c) En cuanto a la motivación de la sanción solicita se anule la sanción al estar insuficientemente motivada en cuanto a la determinación de la cuantía, si bien posteriormente *"solicita a la Sala que reduzca a la mitad, en aplicación del principio de proporcionalidad, la sanción que se le ha impuesto al no haber tenido efectos la*

supuesta práctica anticompetitiva y en un tercio por no haberse acreditado que las UTEs sean parte del acuerdo anticompetitivo".

Conforme al artículo 10.2 de la Ley 16/1989 de 17 de julio de Defensa de la Competencia *"La cuantía de las sanciones se fijará atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta: a) La modalidad y alcance de la restricción de la competencia. b) La dimensión del mercado afectado. c) La cuota de mercado de la empresa correspondiente. d) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios. e) La duración de la restricción de la competencia. y f) La reiteración en la realización de las conductas prohibidas."*

El legislador ha establecido por tanto no sólo el límite máximo de la sanción correspondiente sino también los factores cualitativos sobre los que fundar la graduación, criterios que está obligada a aplicar la Administración por cuanto son los fijados específicamente por el legislador en la Ley de Defensa de la Competencia para graduar las mismas. Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2008 (recurso de casación 3063/2005) en relación al artículo 10.2 de la Ley 16/1989 *"Se trata de criterios preestablecidos legalmente, de modo que las exigencias de previa determinación normativa se cumplen en la medida en que las empresas afectadas pueden, o deben, ser conscientes de que a mayor intensidad de la restricción de la competencia por ellas promovida mayor ha de ser el importe de la sanción pecuniaria, con los límites máximos que en todo caso fija el propio artículo 10, en términos absolutos o relativos. Como es lógico, todo ello exige una ulterior labor de motivación y fundamentación, por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia, que de razón suficiente de la cuantía de la multa en cada caso"*.

En este caso se exponen en la resolución recurrida cuales son los criterios que se han tenido en cuenta y así se señala que *"la modalidad de la infracción reparto de mercado es de las consideradas mas nocivas y muy especialmente en este caso que afecta al coste de los servicios públicos sanitarios"* . Se hace referencia explícita a la duración del acuerdo indicando que se extiende desde al menos el año 1997 y persiste hasta el año 2007 y por último que el Consejo ha tenido en cuenta las características de los infractores, su papel en el acuerdo, y la responsabilidad y capacidad de cada uno en su realización y ejecución . En relación a este punto señala que CONSENUR y CESPAN son las principales empresas del mercado de gestión de residuos sanitarios tanto público como privado con unas cuotas de mercado del 43% y 25% respectivamente y ambas empresas son la base del acuerdo del reparto de mercado. En el período 2002 a 2007 las cuotas medias del período del periodo de facturación total/ facturación clientes públicos son 54/56% para CONSENUR y 34/32% CESPAN.

Tal como señala el recurrente no consta acreditado que las conductas anticompetitivas tuviesen efecto alguno sobre el mercado, ya que no se razona en la resolución recurrida cual ha sido el efecto sobre los consumidores o usuarios en este caso los hospitales públicos.. La DI utilizó como fuente de información para estimar los efectos de las prácticas restrictivas una comparación entre el mercado Portugal y español no siendo, válida esa comparativa al ser distinto el modelo de gestión de residuos portugués y así lo reconoce el propio Consejo al señalar (fundamento de derecho décimo, folio 86) que *"Ha admitido la alegación de irrelevancia del ejemplo portugués"*. No se comparte en cambio la alegación de que no se ha acreditado el alcance de la infracción al considerar el recurrente que no existe prueba alguna en el expediente de que las UTEs fuesen parte del supuesto acuerdo anticompetitivo. Ello se analiza en la resolución recurrida y a la que se remite expresamente el Tribunal

Supremo para considerar que no se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estar acreditada la comisión de la infracción mediante prueba idónea y en la que el recurrente alegaba que la CNC ha armado o construido sin observar las reglas de la lógica un relato carente de sustento real. Se aprecia por ello una incorrecta motivación en la determinación de la cuantía de la sanción impuesta al no constar acreditados los efectos en el coste de los servicios públicos sanitarios

En esta tesitura esta Sala tiene dos opciones ambas solicitadas por el recurrente anular el importe de la sanción al objeto de que la CNC dicte una nueva resolución en cuanto a la cuantía de la multa o proceder a graduar esta Sala la misma. Esta segunda posibilidad viene recogida para el Juez comunitario en el artículo 31 del Reglamento 1/2003 y así lo reconoce la sentencia del TJCE de 3 de septiembre de 2009 al señalar: *"86. En cuanto al control ejercido por el juez comunitario sobre las decisiones de la Comisión en materia de competencia, debe recordarse que, más allá del mero control de legalidad, que sólo permite desestimar el recurso de anulación o anular el acto impugnado, la competencia jurisdiccional plena otorgada, en aplicación del artículo 229 CE, al Tribunal de Primera Instancia por el artículo 31 del Reglamento núm. 1/2003 permite a dicho órgano jurisdiccional reformar el acto impugnado, incluso sin anulación, teniendo en cuenta todas las circunstancias de hecho, para modificar, por ejemplo, el importe de la multa (sentencia Limburgse Viny/Maatschappij y otros/Comisión, antes citada, apartado 692)".* En España el Tribunal Supremo ha reconocido la capacidad del órgano jurisdiccional para rectificar la graduación de la sanciones impuesta por el Tribunal de Defensa de la Competencia. Así en sentencia de 5 de marzo de 2001, 24 de mayo de 2004, 12 de junio de 2006, 14 de febrero de 2007 señala que *"el mencionado principio de proporcionalidad o de la individualización de la sanción para adaptarla a la gravedad del hecho, hacen de la determinación de la sanción una actividad reglada y, desde luego, resulta posible en sede jurisdiccional no sólo la confirmación o eliminación de la sanción impuesta sino su modificación a reducción"* o en la sentencia de 8 de octubre de 2001 *"no hay un exceso en el ejercicio de la jurisdicción sino observancia sin más de los mandatos constitucionales referidos al derecho a la tutela judicial (artículo 24.1) y al control de la legalidad de la actuación administrativa (8 artículo 106.1), cuando el órgano jurisdiccional, analizando una de las razones de impugnación del acto administrativo, como es la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, decide cual es la sanción adecuada en aplicación de este principio de proporcionalidad y de las previsiones que a tal fin tenga establecida la norma jurídica"*.

Como hemos señalado en este caso se puede imponer una multa de hasta 901.518,16 euros que puede ser incrementada hasta 3 millones de euros (10 por ciento del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal según datos alegados por el recurrente). Ese límite del 10% como señala la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 29 de noviembre de 2005 asunto T-33/02 Britannia Alloys & Chemicals) apartado 35 *"pretende evitar que las multas sean desproporcionadas en relación con la importancia de la empresa y en particular, que se impongan multas que las empresas afectadas no sean capaces de pagar"*.

Considera esta Sala procedente acceder a la pretensión del recurrente de que se reduzca a la mitad *"la sanción que se le ha impuesto"* al no estar acreditados los efectos. Por tanto se reduce la sanción a 2.200.000 euros (la mitad de 4.400.000 euros).

SEXTO: Conforme a lo razonado procede estimar parcialmente el recurso interpuesto.

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 Contencioso Administrativa .

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de **CONSEUR SA** contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 18 de enero de 2010 (expediente NUM000) "Gestión de Residuos Sanitarios" que se declara conforme a derecho en los extremos examinados salvo el apartado segundo relativo al importe de la sanción impuesta a CONSEUR que se reduce a dos millones doscientos mil euros. No se hace condena en costas.

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual se remitirá junto con el expediente administrativo a la Oficina de origen para su ejecución, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- La anterior sentencia fue leída y publicada en la forma acostumbrada por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, hallándose constituido en audiencia pública, de lo que yo el Secretario, doy fe.