

Id. Cendoj: 28079230062013100144
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 19/02/2013
Nº de Recurso: 197/2010
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MARIA ASUNCION SALVO TAMBO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Idioma:

Español

SENTENCIA

Madrid, a diecinueve de febrero de dos mil trece.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. 197/2010 que ante esta **Sala de lo Contencioso-Administrativo** de la Audiencia Nacional ha promovido la Procuradora D^a Araceli Morales Merino, en nombre y representación de **SISTEMAS INTEGRALES SANITARIOS S.A .** , contra Resolución de fecha 18 de enero de 2010 de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre **supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia** ; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado; siendo codemandados D. Jesús María , D^a Azucena , y la entidad ANDALUZA DE TRATAMIENTO DE LA HIGIENE S.A (ATHISA) representados por el Procurador D Gustavo Gómez Molero e INTERLUN S.L., representada por el Procurador D Alberto Hidalgo Martínez. Siendo la cuantía 200.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La parte actora interpuso, en fecha 17 de marzo de 2010, este recurso; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

"SUPLICO A LA SALA , que, teniendo por presentado este escrito en tiempo y forma se sirva admitirlo y tenga por formalizada DEMANDA en el presente Recurso

Contencioso-Administrativo seguidos a instancia de SIS, S.A., y, en virtud de lo contenido en el cuerpo del mismo, dicte en su día Sentencia en la que ESTIMANDO el Recurso Contencioso-administrativo interpuesto:

1.-DECLARE NULA, ANULE O REVOQUE, y deje sin efecto, la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 18 de enero de 2010, Expte NUM000 , por la que se declara acreditado la realización, por parte de mi representada, de una conducta restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 1.1.c) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia , y se le impone una multa de 200.000 euros.

Ordene a la Administración a la devolución de la multa de 200.000 euros, ingresada por mi mandante, más los intereses legales correspondientes computados desde la fecha en que se ingresó la multa hasta la efectiva devolución de la misma.

Ordene a la Administración la publicación, a su costa, y en el plazo de dos meses desde la notificación de la sentencia, del fallo de la misma en el BOE y en las páginas de información de dos diarios de información general de mayor circulación.

2.- CONDENE Y ORDENE A LA ADMINISTRACIÓN a estar y pasar por la anterior declaración con las consecuencias que de la misma se deriven y a llevar a cabo cuantas actuaciones o medidas sean necesarias para el pleno y efectivo restablecimiento de la situación jurídica perturbada,

3.- CONDENE A LA ADMINISTRACIÓN demandada al pago de las costas"

2. De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó: *"sentencia desestimando el presente recurso y confirmando la resolución impugnada por ser conforme a derecho."*

3. Mediante Diligencia de Ordenación de 23 de mayo de 2011 se dió traslado a los codemandados para que contestaran la demanda, lo que hicieron en tiempo; concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijeron respectivamente los Procuradores D Gustavo Gómez Molero y D Alberto Hidalgo Martínez:

"SUPLICO A LA SALA: Que teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo, y en la representación que ostento de D. Jesús María , D^a. Azucena y la sociedad ATHISA, S.A, tener por CONTESTADA la demanda, y previos los trámites legales pertinentes, dicte en su día Sentencia desestimando íntegramente la demanda interpuesta por SIS y confirmando en todas sus partes la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia dictada el 18 de enero de 2010."

"SUPLICO: Que, teniendo por presentado este escrito y sus copias, se tenga por cumplimentado el trámite d contestación a la demanda en los autos de recurso contencioso-administrativo núm 197/2010 y por realizadas las manifestaciones anteriores, todo ello a los efectos legales oportunos."

3. Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto, de fecha 32 de marzo de 2012, acordando el recibimiento a prueba habiéndose practicado la propuesta y admitida con el resultado obrante en autos, tras lo cual siguió el trámite

de Conclusiones; finalmente, mediante providencia de 29 de enero de 2013 se señaló para votación y fallo el día 5 de febrero de 2013, en que efectivamente se deliberó y votó.

4. En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido **Ponente la Ilma. Sra. D^a MARIA ASUNCION SALVO TAMBO, Presidente de la Sección.**

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, de fecha 18 de enero de 2010, dictada en el expediente sancionador NUM000 "Gestión de Residuos Sanitarios" , incoado por la Dirección de Investigación contra diversas empresas del sector de gestión de residuos sanitarios, entre otras la hoy actora, por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia .

En lo que aquí importa la Resolución impugnada resuelve:

"PRIMERO.- Declarar que en este expediente 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 los que son responsables las empresas CONSENUR, S.A.; Cespa Gestión de Residuos, S.A.; INTERLUN, S.L. y SISTEMAS INTEGRALES SANITARIOS.

SEGUNDO.- Imponer a las citadas empresas las siguientes multas sancionadoras:

Doscientos mil euros (200.000 euros) a SISTEMAS INTEGRALES SANITARIOS..." .

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 (CONSENUR y CESPA en Cataluña, Valencia y Castilla-La Mancha y la de CONSENUR 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 CONSENUR y CESPA 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.

2. La parte actora alega los siguientes motivos de recurso:

- En primer lugar la caducidad del procedimiento al haberse dictado, según la recurrente, la resolución una vez transcurrido el plazo máximo para resolver.

- En segundo lugar, se alega que el acuerdo de 21 de octubre de 2009 de modificación de la calificación jurídica respecto a la hoy recurrente supone una modificación de los hechos y ha causado indefensión a la actora.

- En tercer lugar, la UTE SIS-CONSENUR en Aragón no es contraria a las normas de Derecho de la Competencia.

- Por último, ausencia de prueba que demuestra la existencia de un supuesto reparto tripartito de mercado involucrando a SIS; además de vulneración del derecho de defensa de SIS al denegarle la práctica de determinadas pruebas.

El Abogado del Estado y la codemandada, niegan, en primer término, la caducidad del procedimiento alegada, aduciendo que había sido decretada la suspensión al amparo de la Ley 15/2007, negando también la infracción del artículo 51.4 LDC cuando el Consejo acuerda modificar la calificación jurídica de los hechos considerando a la empresa SIS como imputada y someter la nueva calificación para alegaciones. Y, en cuanto al fondo, se remiten a lo resuelto por CNC sobre la valoración de las UTEs así como la prueba; solicitan por ello la desestimación del recurso.

3. La actora invoca la caducidad del procedimiento sancionador por haberse dictado y notificado la resolución de 18 de enero de 2010 una vez superado el plazo máximo de dieciocho meses establecido en el artículo 36 de la Ley de Defensa de la Competencia .

Sin embargo, examinado el expediente administrativo remitido, figuran en él y así se recoge en la propia resolución recurrida, diversos acuerdos de suspensión, el primero de la Dirección de Investigación al amparo de lo establecido en el apartado b) del artículo 37.1 LDC afín de practicar determinadas pruebas propuestas por las partes así como otro, de fecha 21 de octubre de 2009, del Consejo por el que se modificaba la calificación jurídica de los hechos contenida en la propuesta de resolución elevada por la Dirección de Investigación, *"en la que se declaraba no probada la participación de SIS en la actuación de reparto de mercado"* . La modificación de la calificación introducida por el Consejo, a la que luego nos referiremos al enjuiciar el fondo del asunto, consistía en considerar a la hoy actora como imputada, sometiendo la nueva calificación a los interesados para que formularan alegaciones en el plazo de quince días y suspendía el cómputo del plazo máximo de resolución *"hasta que se completen los trámites preceptivos"* .

Esta nueva suspensión del cómputo del plazo tuvo lugar antes de que se cumpliera ese plazo máximo, presentando finalmente las imputadas sus escritos de alegaciones entre el 11 y el 17 de noviembre de 2009; en concreto la hoy actora presentó sus alegaciones a la modificación de la calificación, el día 17 de noviembre de 2009, solicitando además la práctica de determinadas pruebas, acerca de lo cual se resolvió con fecha 25 de noviembre de 2009 concediéndose un plazo de quince días para la práctica de las propuestas ya admitidas, acordándose mantener la suspensión del plazo máximo para resolver el expediente mientras se practicaban las pruebas y actuaciones complementarias acordadas.

Además, la DI remitió la documentación correspondiente a la práctica de las pruebas realizadas el día 22 de diciembre de 2009, fecha de recepción del último requerimiento efectuado y al día siguiente, 23 de diciembre de 2009, se comunicó a los interesados el acuerdo, abriendo el plazo de diez días para la valoración de prueba, presentado escrito la hoy actora, de 23 de diciembre de 2009 con entrada en la CNC el día 28 solicitando la ampliación del plazo inicial hasta el día 13 de enero de 2010, ampliación que le fue concedida; finalmente, los escritos de valoración de prueba tuvieron entrada en la CNC el 5 de enero de 2010 y el 13 de enero de 2010 concretamente el de SIS, adoptándose la resolución, de manera inmediata, sin necesidad de levantar la

suspensión de manera explícita, al ser algo implícito en la propia resolución final que se dicta una vez finalizadas las pruebas en cuestión.

Por ello desestimado queda este primer motivo de recurso.

4. Sobre la infracción por la CNC del artículo 51.4 de la LDC ha tenido ya la Sala ocasión de pronunciarse en la SAN de 15 de octubre de 2012, recurso nº 180/2010 interpuesto por CONSENUR, otra de las empresas sancionadas en la resolución impugnada. Debemos, por tanto, estar a lo ya declarado:

"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"*.

De ello se deduce la desestimación de este otro motivo de recurso.

5. Ahora bien, y entrando ya a conocer del fondo del asunto, cuestión distinta a la que acabamos de referirnos es la valoración de la prueba llevada a cabo por el Consejo de la CNC, cuestión ésta crucial y que, a juicio de la Sala, no ha sido correctamente apreciada ni justificada en la resolución impugnada, como se verá a continuación.

Antes, no obstante, y con independencia de lo declarado respecto de las otras empresas sancionadas en la misma resolución aquí se impugna, hemos de centrarnos en la específica situación de la ahora recurrente respecto de la cual en la resolución impugnada se resalta la existencia de la UTE entre SIS y CONSENUR en Aragón con el fin de considerarla como *"imputada de la infracción de prácticas concertadas continuadas en el Mercado Nacional de Gestión de los Residuos Sanitarios"*. Y ello no obstante de la conclusión a la que llegó la Dirección de Investigación en su propuesta de resolución, y no obstante apoyar esa nueva calificación jurídica el Consejo *"exclusivamente en los hechos investigados por la DI que se recogen en el Pliego de*

Concreción de Hecho, sin variación alguna sobre los mismos" .

Sin embargo, el Consejo no da explicación alguna tendente a demostrar que la UTE formada por SIS y CONSENUR en Aragón no fuera necesaria para que la hoy actora tuviera probabilidades de ganar el concurso cuyo objeto era la gestión del Servicio de Salud en dicho territorio; o lo que viene a ser lo mismo, demostrar que la hoy actora tenía un poder de mercado suficiente como para conseguir gestionar este servicio por sí misma.

Al respecto es importante el hecho que la DI, después de analizar la voluminosa documentación aportada al expediente, llegara a la conclusión en relación con dicha UTE de que efectivamente la hoy actora estaba *" en una situación de dependencia económica que impide calificar su conducta como si gozara de la misma autonomía que los líderes del mercado"* , así como que *"la presencia de mercado SIS en estas condiciones tiene un carácter procompetitivo, frente al escenario de cierra o venta de la planta de tratamiento"* , afirmando también que *"SIS no disponía, en la práctica, de la opción de concurrir aisladamente frente a CONSENUR al concurso del Servicio Aragonés de Salud y que por ello, la formación de la UTE de Aragón no puede interpretarse como una estrategia de reparto de mercado"* .

No puede aceptarse, pues, que sin la toma en consideración de ningún hecho o elemento nuevo se cambien radicalmente la valoración jurídica de aquellos hechos acreditados sin exponer una sola razón que justifique ese giro copernicano. Incluso la propia Dirección de Investigación, en su segundo informe, tras la modificación de la calificación jurídica de los hechos llevada a cabo por el Consejo, reitera su petición de que se sobresea parcialmente con respecto a SIS el expediente y se remite *"a la valoración jurídica de los hechos contenida en su Propuesta de Resolución de 4 de mayo de 2009"*. No obstante lo cual, y en abierta contradicción con la aceptación de los argumentos de la hoy actora a favor de la necesidad de la UTE dado su débil poder de mercado al admitir que *"el Consejo no pone en duda esas alegaciones de SIS respecto de la UTE de Aragón, que por otra parte, han sido respaldadas por las certificaciones del Gobierno de Aragón respecto de la posibilidad de realizar el transporte y a la contratación de discapacitados"* , y después de reconocer, pues, que la UTE en cuestión no era anticompetitiva, sin embargo contradictoriamente con ello no lleva a sus últimas consecuencias el razonamiento para eximir de responsabilidad a la hoy actora en el acuerdo de reparto de mercado.

En todo caso, y como ya adelantábamos, la Sala entiende que no existen pruebas que demuestren la existencia de un supuesto reparto tripartito de mercado involucrando a la hoy actora, a diferencia de lo ocurrido respecto de las otras empresas sancionadas por la misma resolución y cuya actuación ha sido ya objeto de examen por esta Sala en nuestras SSAN de 15 de octubre de 2012, en sendas sentencias recaídas en los recursos 180 y 204/2010 .

Existe, en efecto, en el expediente administrativo numerosa documentación, tal y como se pone de relieve en la demanda, que han llevado a la Sala, en el mismo sentido de las sucesivas propuestas de la Dirección de Investigación, a concluir que el reproche no puede extenderse a SIS, en la medida que su conducta no ha seguido la pauta marcada por las otras empresas sancionadas, particularmente CONSENUR. Así, a título de ejemplo, la resolución impugnada menciona la supuesta *"estrategia de baja en el concurso del Hospital Morales de Murcia"* entre SIS y CONSENUR para justificar una concertación tripartita a nivel nacional, y ello no obstante el informe de DI poniendo de relieve que *"el reproche no puede alcanzar a SIS, pues no está acreditado*

su conocimiento de dicha idea, ni su conformidad con ella y sí, en cambio, que su conducta no siguió la pauta que en ese correo electrónico se proponía" y que "los actos concretos que podrían revestir un carácter anticompetitivo han sido unas actuaciones unilaterales de CONSENUR y que no se ha demostrado que fueran conocidas ni aceptadas por SIS" .

En definitiva, hemos de concluir que no ha quedado demostrado que SIS formara parte de algún reparto de mercado de ámbito nacional, existiendo únicamente un acuerdo que consiste en una UTE con CONSENUR en Aragón, unión que el propio Consejo de la CNC y esta Sala considera legítima en términos económicos por no tener suficiente poder de mercado para concurrir en solitario.

7. De lo anterior deriva la procedencia de estimar el presente recurso y paralelamente la anulación de la resolución impugnada, por su disconformidad a Derecho, en cuanto a los extremos impugnatorios aquí analizados y exclusivamente en lo que a la conducta de la recurrente se refiere.

No se aprecian circunstancias que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, según el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

FALLO

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **SISTEMAS INTEGRALES SANITARIOS S.A.**, contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia descrita en el primer Fundamento Jurídico de esta sentencia y, en su consecuencia, anular la resolución impugnada exclusivamente en lo que a la Recurrente se refiere, con sus inherentes consecuencias legales.

Sin expresa imposición de costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial .

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la Oficina Pública de origen, a los efectos de legales oportunos, junto con el expediente de su razón, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, Ilma. Sra. D^a MARIA ASUNCION SALVO TAMBO estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo Doy fe.