

Roj: **SAN 769/2014 - ECLI: ES:AN:2014:769**Id Cendoj: **28079230062014100122**Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **6**Fecha: **28/02/2014**Nº de Recurso: **39/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**Ponente: **CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a veintiocho de febrero de dos mil catorce.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **Federación Española de la Recuperación y el Reciclaje**, y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a Aurora Gutiérrez Martín, 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 noviembre de 2012**, relativa a archivo de actuaciones, siendo **Codemandada** Signus Ecovalor S.L., y en su nombre y representación el Procurador Sr. D^o Eduardo Codes Feijoo, y la cuantía del presente recurso indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Federación Española de la Recuperación y el Reciclaje, y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a Aurora Gutiérrez Martín, 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 noviembre de 2012, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la resolución que nos ocupa y ordene continuar las actuaciones.

SEGUNDO : Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

TERCERO : Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, tenidos por reproducidos los documentos y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día dieciocho de febrero de dos mil catorce.

CUARTO : En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO : Es objeto de impugnación en autos la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 29 de noviembre de 2012.

La Resolución que nos ocupa declara en su parte dispositiva:

"Sobre la base del artículo 49.3 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia , no incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones seguidas en el expediente S/0351/11 SIGNUS ECOVALOR."

El origen de la presente resolución se encuentra en la denuncia formulada el 24 de mayo de 2011 por la Federación Española de la Recuperación y el Reciclaje, contra SIGNUS y contra sus socios fundadores BRIDGESTONE HISPANIA, S.A., CONTINENTAL TIRES, S.L., GOODYEAR DUNLOP TIRES ESPAÑA, S.A., MICHELIN ESPAÑA Y PORTUGAL, S.A. y PIRELLI NEUMÁTICOS, S.A., por supuestas prácticas restrictivas de la competencia. El 27 de julio de 2011 se presentó un escrito de ampliación de la denuncia inicial.

SEGUNDO : La Dirección de Investigación hizo las siguientes valoraciones sobre las conductas denunciadas, según se recoge en la Resolución impugnada:

"36. La Dirección de Investigación comienza por analizar las conductas bajo la sede del artículo 2, y respecto a la delimitación de los mercados relevantes y a la posición de dominio de SIGNUS ECOVALOR dice:

(87) "De acuerdo con la Resolución del Consejo de la CNC, de 10 de junio de 2009, S/2741/06 Signus Ecovalor, basada en la Decisión de la Comisión en el asunto Eco-Emballages¹², "el mercado en el que actuaría SIGNUS sería el de la organización de la recuperación y valorización de NFU", en el que también actuaría el otro SIG, TNU. "Existen, además, otros dos mercados relacionados con el anterior:

- el de la producción de neumáticos en el que se incluyen las personas físicas o jurídicas que fabrican, importan o adquieren en otros Estados miembros de la UE neumáticos y los ponen en el mercado nacional. En este mercado estarían todos los productores adheridos a SIGNUS y a TNU;

- el de la gestión de residuos constituido por aquellas personas físicas o jurídicas que realizan cualesquiera operaciones de recogida, almacenamiento, transporte, valorización y eliminación de NFU y que estén autorizadas al efecto, en el que se encontrarían las empresas representadas por FER; la denunciante.

(88) Tal y como reconoció el Consejo de la CNC en su Resolución de 10 de junio de 2009, expediente S/2741/06 SIGNUS ECOVALOR, S.L., "SIGNUS tiene posición de dominio a nivel nacional en el mercado de la organización de la recuperación y valorización de los NFU dado que es la única entidad que tiene autorización para organizar la recuperación y valorización de los NFU en todas las Comunidades Autónomas y que la otra entidad, TNU, agrupa solamente el 30% de los NFU de España". En este sentido, puesto que SIGNUS tiene posición de dominio en el mercado, faltaría analizar si SIGNUS ha abusado de esta posición para valorar si ha incurrido en una infracción del artículo 2LDC "

37. Continúa su valoración destacando que SIGNUS, como entidad de carácter privado, podría contratar libremente a las empresas que considerara oportuno para la gestión de la recuperación y valorización de los NFU, sin que necesariamente debiera optar, como ha hecho, por realizar, en la mayoría de los casos, convocatorias públicas, siendo éstas un método más favorable a la competencia que la adjudicación directa al permitir la participación de todas las empresas interesadas. Y que tratándose de una actividad novedosa y compleja, su organización ha ido modificándose con el tiempo como consecuencia del proceso de aprendizaje por parte de SIGNUS, que ante las dudas o problemas surgidos en las convocatorias realizadas y las demandas de los gestores, habría tratado de adaptar y modificar los términos de las convocatorias para eliminar restricciones y establecer condiciones más favorables a la competencia en el mercado de gestión.

38. Recuerda que: "En relación a las convocatorias de recogida y clasificación de NU, es preciso señalar que las convocatorias de febrero de 2006 y mayo de 2007 fueron analizadas por el Consejo de la CNC, en su Resolución de 10 de junio de 2009, expediente S/2741/06 SIGNUS ECOVALOR, S.L., que consideró que la forma de contratación de SIGNUS "es un sistema transparente (ya que las convocatorias indican los criterios de valoración de las ofertas), con apariencia de objetividad y permite la rotación de los recogedores de un año a otro, como efectivamente sucedió en el año 2007 en determinadas provincias. Además, técnicamente tiene sentido que se concedan más puntos a los recogedores de SIGNUS que ya actuaban en la zona y a los que ofrecen prestaciones adicionales (labores de clasificación y reutilización)".

39. Respecto a los elementos concretos denunciados respecto a las convocatorias de recogida y clasificación de NU, valora la DI que:

a. "el límite del 25% es impuesto por SIGNUS con el objetivo de evitar la concentración en el sector de recogida (párrafo 44). Tras las convocatorias de 2006 y 2007, en la de junio 2011 se limitó a la modalidad 2 y en la última convocatoria (septiembre 2011) se eliminó, por no imponer restricciones que pudieran provocar que de nuevo resultara desierta la convocatoria".

b. "(...) la inclusión del destino se ha realizado exclusivamente en una de las cuatro convocatorias realizadas (junio 2011) y pretende facilitar el cálculo de la oferta económica que deben realizar los candidatos, además de valorar las mejores ofertas en términos económicos y medioambientales (párrafos 45-47)."



40. Respecto a las convocatorias de valorización, la duración de los contratos y la frecuencia de las convocatorias, estima que estas variables estarían relacionadas con el "vencimiento de los contratos ya firmados y en vigor con gestores, resultado de adjudicaciones previas". Y Añade: "No obstante, es preciso señalar que la duración de los contratos fijada por SIGNUS ha ido aumentando con el tiempo en función de la capacidad existente de gestión en el mercado (párrafos 48-52) hasta los tres años en la última convocatoria lo que, a juicio de la DI, sería un plazo razonable y objetivo para la estrategia de negocio de los gestores".

41. Sobre la actividad de valorización y la cantidad de NFU ofertados en la convocatoria de valorización de junio de 2011, entiende la DI que al haberse ido organizando las distintas convocatorias para la gestión de la actividad de forma separada (lo que valora positivo desde el punto de vista de favorecer la competencia), se hace más difícil que coincidan las cantidades de NFU ofertadas en las convocatorias de recogida y en las de valorización. Y explica que de las cantidades de NFU recogidas, una parte se selecciona para reutilizar o recauchutar para el mercado de ocasión y de la cantidad de NFU restantes, una parte se destina a los servicios públicos de gestión, otra a seguir suministrando a los gestores con contratos en vigor (de CAP, triturado o valorización material) y otra se saca de nuevo a convocatoria para su adjudicación. Y que "En este marco, y dado que los contratos de recogida y valorización, en sus distintas modalidades, tienen distinta duración (los de recogida un año, los de valorización material seis meses, uno o tres años, los de CAP tres y cinco años y excepcionalmente diez y los de trituración para valorización energética de varios meses) resulta complicado que coincidan los volúmenes de NFU ofertados de recogida y valorización". Por ello, el que los volúmenes ofertados en las distintas convocatorias sean distintos no implica necesariamente que SIGNUS esté limitando el suministro a los valorizadores.

42. Con respecto a la interrupción de suministro por exceso de stock de producción contemplada en alguna de las convocatorias, ésta nunca se ha aplicado, además de que su finalidad era tener un instrumento de control por parte de SIGNUS sobre el cumplimiento de sus obligaciones con los objetivos del PNIR respecto a las cantidades límites que deben ser objeto de cada posible aplicación. Lo mismo cabe interpretar de la supuesta limitación de la fuente de suministro, supeditadas a la acreditación de capacidad de venta y de gestión para adjudicar los NFU, incluida en las convocatorias de 2010 y eliminada en la de 2011.

43. La información exigida por SIGNUS a los gestores de NFU sobre el destino de los productos (toneladas y porcentajes de cada aplicación) está contemplada por el RD 1619/2005, de 30 de diciembre (artículos 6 y 10, párrafo 26), y además, esta información no incluye, a juicio de la DI, datos que pudieran considerarse secretos de negocio, a excepción de la presentación de un acuerdo con un Valorizador Energético Asociado (VEA). En este último destaca la DI que en la convocatoria de junio de 2011, SIGNUS exigió que tal acuerdo fuera presentado en marzo de 2012, es decir con posterioridad a que adjudicara los NFU y por tanto no la ha podido utilizar para dicha adjudicación. Y sobre la información relacionada con la ejecución de los contratos, que podría suponer la obtención de información confidencial, concluye la DI que ésta se realiza a través de terceros independientes que firman compromisos de confidencialidad con los gestores, lo que, a su juicio, constituiría un procedimiento con garantías suficientes de confidencialidad.

44. SIGNUS ha venido realizando por sí mismo la valorización energética, de forma que en las dos primeras convocatorias de valorización de 2010 esta forma de valorización estaba excluida. Ello era así porque según SIGNUS dado que esta actividad no suponía ingreso alguno, sino coste, su gestión directa era la forma de garantizar el cumplimiento de su destino. Esta prohibición tácita ha sido eliminada en la última convocatoria de junio de 2011, y analizados los datos aportados por SIGNUS hasta el año 2009 SIGNUS no ha percibido ingresos por este tipo de adjudicación, siendo todavía en la actualidad una actividad muy poco rentable, suponiendo los ingresos una ínfima parte de los costes de esta actividad. No obstante, cuando los VEA comenzaron a pagar un precio por los NFU, SIGNUS flexibilizó las condiciones, cambiando la prohibición por una limitación a la valorización energética en la convocatoria de 2011, lo cual estaría justificado, a juicio de la DI, por los porcentajes decrecientes para este tipo de valorización que establece el PNIR.

45. Valora la DI que el hecho de que sistema de subasta no permita a un gestor ofertar con una misma planta la valorización material y energética en la misma zona tendría por objeto tener una subasta en la que los licitadores tengan opción a presentar cualquier tipo de oferta y las ofertas sean comparables entre sí. De hecho, al sacarse a subasta zonas enteras, aunque hubieran podido presentar varios tipos de ofertas solo una habría ganado, porque estarían compitiendo contra sí mismos a la mejor oferta económica. Adicionalmente, SIGNUS ha modificado su sistema de adjudicación de NFU en subastas o adjudicaciones estancas para cada tipo de valorización a un sistema de subasta electrónica en que los licitadores puedan optar por ambos tipos de valorización, aunque finalmente solo presentaran ofertas por valorización material (párrafos 67-71).

46. Respecto a la denuncia de la participación de SIGNUS en el mercado de gestión señala la DI que se trata de una conducta contemplada tanto por el RD 1619/2005, de 30 de diciembre, en su artículo 4.3, como por la Ley 22/2011, de 28 de julio, en su artículo 31.2 (párrafos 19 y 21-22), por lo que la participación de SIGNUS o de sus socios en el mercado de gestión no podría ser interpretada como contraria a la normativa o como una conducta

ultra vires. De hecho el segundo SIG, TNU, esta formado por productores y gestores que gestionan la mayor parte de los NFU de su responsabilidad, pudiendo participar en cualquier actividad.

47. Por último, en referencia a los elementos denunciados con respecto a las condiciones de comercialización establecidas en las primeras convocatorias de adjudicación, mediante subasta, de productos procedentes del tratamiento de NFU, concretamente la bonificación por la fabricación de mezclas bituminosas y la posibilidad de devolución, a juicio de la DI estarían directamente relacionadas con la obligación de SIGNUS, como sistema colectivo de los productores, de garantizar que se alcanzan, como mínimo, los objetivos ecológicos que se establecen en el Plan Nacional de NFU, que incluye un objetivo concreto para este destino (40% en 2008, 42% en 2012 y 45% en 2015).

48. Concluye finalmente la DI que, a la vista de todo lo anterior, y con carácter general, las condiciones impuestas de forma unilateral por SIGNUS en sus convocatorias y contratos son objetivas y no discriminatorias, y que una parte de ellas se derivan de sus obligaciones en virtud de la legislación vigente. Además al tratarse de un mercado nuevo y complejo, SIGNUS ha ido evolucionando y modificando las condiciones de las convocatorias a medida que evolucionaba el mercado, adaptándose a la situación de los gestores y respondiendo a sus demandas. De hecho la duración de los contratos se ha ido ampliando (párrafos 49-52), la limitación de la fuente de suministro se ha restringido a la posibilidad de interrumpir el suministro por exceso de stock (párrafo 60) y las posibilidades de comercialización se han ampliado dando la posibilidad de optar a la valorización energética (párrafo 66).

49. En cuanto a la posible afectación de la actuación de los productores a través de SIGNUS en el mercado ascendente de la producción de neumáticos, valora la DI que se presuponer que una reducción en el canon podría hacer bajar los precios que el consumidor tendría que pagar por los neumáticos y podría fomentar su demanda frente a los neumáticos de los productores asociados a otro SIG, cuyo canon fuera más elevado. Pero señala a continuación que ni hay indicios de ello, ni cabe presuponer la ilicitud de tal reducción del canon como resultado de las ganancias de eficiencias logradas en el mercado de organización y de gestión (sin abusar de su posición de dominio), el resultado no sería ilícito, como parece indicar el denunciante (folio 24), sino que sería precisamente el resultado buscado por la política de defensa de la competencia, la asignación eficiente de los recursos que redunde en un beneficio para el consumidor final.

50. Por ello la DI no aprecia elementos de inequidad o falta de justificación en las condiciones que SIGNUS ha venido incluyendo en sus concursos o en sus contratos con los gestores que forman parte de FER.

51. En cuanto a una posible infracción del artículo 1 LDC, la DI estima que "No existe ninguna evidencia de actuación por parte de los socios fundadores de SIGNUS para influir en las decisiones y organización de la entidad gestora de modo que puedan extraer algún beneficio (párrafo 31). Tampoco se aprecia que los socios fundadores se hayan introducido en el mercado de gestión de NFU, aunque existen interrelaciones con este mercado como en el caso de Goodyear Dunlop Tires España, S.A. que fabrica productos derivados del caucho para automóviles (párrafos 31 y 34). No obstante, no existen indicios de que los productores de neumáticos denunciados hayan incurrido en una práctica colusoria, quedando de manifiesto que su participación en el mercado es a través de SIGNUS, tal y como permite la legislación vigente."

La razón de decidir contenida en la Resolución impugnada es la siguiente:

"El Consejo coincide con la Dirección de Investigación en su apreciación de falta de indicios de una conducta infractora de la LDC por parte de SIGNUS. Partiendo de la posición de dominio que SIGNUS ostenta en la organización de la recuperación y valorización de los neumáticos fuera de uso, no se aprecian elementos de carácter explotativo en los comportamientos individuales denunciados, ni las líneas argumentales de la denuncia parecen señalar ese tipo de abuso. Se trata de conductas en las que dada la naturaleza que el denunciante atribuye a alguna de ellas podrían, en todo caso, tener potenciales efectos exclusionarios (limitación de suministro, duraciones contractuales insuficientes o excesivas, imposibilidad de ofertas duales, escasez de oferta, información comercial sensible y asimétrica,...). Sin embargo, la magnitud, frecuencia y alcance de los hechos denunciados, no permite apreciar una naturaleza exclusionaria en la conducta. En otros ni siquiera se intuyen rasgos de esa cierta potencialidad de exclusión, pues como señala la DI nada impide que SIGNUS comercialice productos derivados del proceso de recuperación y valorización, y en otros puede tratarse de formas de incentivar un nivel de consumo de dichos productos determinados por la regulación. Tampoco se aprecia, de la información que consta en el expediente, una capacidad exclusionaria de la aplicación conjunta, sucesiva y acumulativa de este tipo de conductas, ni los denunciados han aportado indicio alguno de ello. Con respecto a la valoración de la posible infracción del artículo 1 de la LDC, este Consejo comparte la realizada por la Dirección de Investigación."

El fundamento jurídico que justifica la anterior valoración es el siguiente:



"El artículo 2 LDC prohíbe la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional. El abuso podrá consistir, entre otros, en: la imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos; la limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores; la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios. El artículo 1 LDC prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado.

La Dirección de Investigación parte de la ya probada existencia de posición de dominio que tiene SIGNUS en el mercado de la organización de la recuperación y valorización de NFU, acreditada en anteriores expedientes, y desde esa posición analiza cada uno de las conductas que la denuncia considera contrarias a la LDC. En cada uno de ellas la DI, o bien no observa el carácter restrictivo, o bien encuentra que en todo caso dicha conducta estaría justificada, debido bien a las obligaciones que SIGNUS tiene, derivada de las responsabilidades de sus socios fundadores, con respecto a ciertos objetivos marcados en el PNIR, bien por razones de eficiencia económica en la gestión del proceso, o bien porque nada impide a SIGNUS operar competitivamente en los mismos mercados en los que operan los gestores. Y con respecto a la insinuada infracción del artículo 1 de la LDC no se aprecian, en la información contenida en el expediente instruido, siquiera indicios de la posible existencia de ningún tipo de acuerdo entre los productores de neumáticos nuevos, socios fundadores de SIGNUS. Por esas razones propone el archivo."

TERCERO : Previamente al análisis de la cuestión de fondo hemos de centrarnos en una cuestión previa: la legitimación actora negada por el Sr. Abogado del Estado.

Reiteradamente hemos reconocido legitimación activa al denunciante en casos de conductas que infringen la libre competencia al reconocerle interés legítimo - artículo 19.1 a) de la Ley 29/1998 -, en que dicha conducta se declare y se intime su cesación. No olvidemos que el pronunciamiento del CNC va más allá de la imposición de una sanción - artículo 53 de la Ley 15/2007 -, y comprende la declaración de ser la conducta contraria a la libre competencia, la intimación en la cesación, la imposición de condiciones, orden de remoción de las consecuencias... Existe pues una afectación de la situación jurídica del denunciante por el pronunciamiento del CNC que le otorga legitimación activa.

La codemanda alega desviación procesal, ya que en el suplico se solicita la incoación de un expediente sancionador pero no la anulación de la Resolución impugnada. Es evidente que de una interpretación conjunta del suplico y del contenido de la demanda, resulta claro que la petición de la recurrente consiste tanto en la anulación del archivo, como la incoación de expediente sancionador. No existe por ello desviación procesal. Tampoco se pretende que la Sala sustituya competencias propias de la Administración, sino el contraste de legalidad de la decisión adoptada por la CNC en orden al archivo y consecuente fin de la investigación sobre posibles prácticas restrictivas de la competencia.

El examen del alcance jurídico de los hechos concurrentes, pasa por el análisis de dos preceptos, esenciales en la resolución del presente supuesto:

El artículo 2 de la Ley 15/2007, establece: "1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

2. El abuso podrá consistir, en particular, en:

- a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.
- b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores.
- c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.
- d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos."

B) El artículo 1 del propio Texto Legal, establece: " 1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

- a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.
- b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.
- c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.
- d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos."

El tipo sancionado en el artículo 2 lo es el abuso de posición de dominio, lo que presupone dos elementos, la existencia de una posición de dominio en el mercado de referencia y el abuso de tal posición o dependencia. Las conductas que se consideran abusivas y se explicitan en el propio precepto, lo son a título enunciativo, pues el elemento esencial lo es que la conducta sea efectivamente abusiva aún no respondiendo a alguno de los supuestos señalados por la norma. El tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que la conducta sea objetivamente apta para alcanzar tal fin, tenga éxito o no la misma.

Reiteradamente hemos señalado que del artículo 1 resulta: a) La actividad prohibida lo es cualquier acuerdo o conducta concertada en cualquiera de sus formas tendente a falsear la libre competencia. b) El tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que se tienda a ese fin en la realización de la conducta, tenga éxito o no la misma. c) La conducta ha de ser apta para impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional.

En primer lugar hemos de recordar que la CNC ejerce sus facultades como supervisor de la libre competencia, de suerte que es necesario que la conducta examinada tenga potencialidad para afectar a la libre competencia. Por ello, cualquier abuso de posición de dominio ha de ser apta para restringir, falsear o afectar la libre competencia.

Las conductas que la recurrente afirma ser abusivas son:

1.- Prohibición de valorización energética. Respecto a tal conducta la DI entendió que *SIGNUS justifica la asunción directa hasta junio de 2011 de la responsabilidad de la entrega de los NFU a las cementeras y de su transporte desde el lugar de trituración, indicando que se trata de un mecanismo necesario para comprobar que la entrega se realizaba efectivamente, dado que SIGNUS tenía que pagar un precio (no cobrar) para que los NFU fueran sometidos a valorización energética. A partir del momento, aproximadamente a mediados de 2009, en que las cementeras empiezan a pagar, por los NFU para su valorización, los ingresos de los adjudicatarios no se completan hasta que han percibido ese pago. Según SIGNUS, esto garantiza que los trituradores entregarán los NFU a las cementeras, de ahí que la convocatoria de junio de 2011 contemple la posibilidad de que los trituradores no actúen en relación de maquila, sino que ellos mismos comercialicen el producto triturado con las cementeras (folios 604-606). Con la convocatoria de junio de 2011, SIGNUS pone en marcha un nuevo procedimiento de selección en el que permite que los valorizadores destinen los NFU a valorización energética y mantiene la participación de SIGNUS en la comercialización directa de los NFU a cementeras. En particular, en esta fecha realiza una convocatoria para la adjudicación, mediante subasta⁹, del volumen estimado de toneladas de NFU que se generarán en las distintas zonas de recogida¹⁰, en la que se permiten tres tipos de oferta (folio 1563):*

- tipo 1: valorización material, incluyendo la adjudicación a un aplicador final del producto resultante de la valorización. Los NFU adjudicados con esta oferta no pueden ser utilizados para aplicaciones de valorización energética.

- tipo 2: valorización energética: tanto de NFU enteros adjudicados directamente en esta subasta como de NFU triturados (tras haber encargado SIGNUS la trituración a un gestor que será seleccionado en régimen de concurrencia competitiva en un nuevo procedimiento de selección diferente al presente).

- tipo 3: producción de combustible sólido recuperado de NFU para suministro (PCSR), que supone triturar los NFU y adjudicarlos a un valorizador energético.

Cada oferta será como mínimo por una zona completa y estará vinculada a una planta de tratamiento de los NFU adjudicados y a un tipo de oferta. Es decir, para optar por los distintos tipos de oferta con la misma planta, deberá elegir una zona para cada tipo de oferta (folio 1564).

SIGNUS justifica este planteamiento en la necesidad de homogeneizar los lotes ofertados: las zonas constituían lotes homogéneos que no se podían dividir a la hora de la adjudicación (folio 2521) y de que fuera posible la comparación de las ofertas. Además no se podía adjudicar una cantidad de NFU para valorización energética (ofertas tipo 2 y 3) superior al límite marcado por el PNIR. De este modo, por primera vez se permitía a

los licitadores que pudieran presentar ofertas en todas las zonas y para todo tipo de ofertas y se optó por la materialización del procedimiento de adjudicación mediante un sistema de subasta electrónica que debía garantizar que se comparasen, unas con otras, todas las ofertas

SIGNUS justifica este planteamiento en la necesidad de homogeneizar los lotes ofertados: las zonas constituían lotes homogéneos que no se podían dividir a la hora de la adjudicación (folio 2521) y de que fuera posible la comparación de las ofertas. Además no se podía adjudicar una cantidad de NFU para valorización energética (ofertas tipo 2 y 3) superior al límite marcado por el PNIR. De este modo, por primera vez se permitía a los licitadores que pudieran presentar ofertas en todas las zonas y para todo tipo de ofertas y se optó por la materialización del procedimiento de adjudicación mediante un sistema de subasta electrónica que debía garantizar que se comparasen, unas con otras, todas las ofertas recibidas (con independencia del tipo de oferta 1, 2 ó 3) de forma simultánea, de forma que pudiera determinarse cuál de ellas era la mejor oferta económica, lo que introducía un enorme grado de complejidad técnica (folios 2762-2763).

Se recogen en la resolución impugnada otras consideraciones realizadas por la codemandada, que es innecesario recoger ahora.

Pues bien, estas apreciaciones constituyen una justificación razonable de la conducta, lo que impide calificarla como abusiva.

2.- Imposición de obligación de informar. Ya decíamos que la DI justificó esta conducta desde las siguientes premisas, A) la relativa destino de los productos (toneladas y porcentajes de cada aplicación) está contemplada por el RD 1619/2005, de 30 de diciembre (artículos 6 y 10, párrafo 26), y además, esta información no incluye, a juicio de la DI, datos que pudieran considerarse secretos de negocio, a excepción de la presentación de un acuerdo con un Valorizador Energético Asociado (VEA). B) En este último destaca la DI que en la convocatoria de junio de 2011, SIGNUS exigió que tal acuerdo fuera presentado en marzo de 2012, es decir con posterioridad a que adjudicara los NFU y por tanto no la ha podido utilizar para dicha adjudicación. C) Y sobre la información relacionada con la ejecución de los contratos, que podría suponer la obtención de información confidencial, concluye la DI que ésta se realiza a través de terceros independientes que firman compromisos de confidencialidad con los gestores, lo que, a su juicio, constituiría un procedimiento con garantías suficientes de confidencialidad.

3.- Condiciones no justificadas. A) Frecuencia de los referenciales: se afirma en la demanda que su temporalidad unido a la corta duración de los contratos, impide configurara planes de negocio a medio y largo plazo, aumentando excesivamente el riesgo. Tales reflexiones no implican una conducta abusiva, pues no lo es, por el hecho de que determinadas condiciones supongan una dificultad mayor en el desarrollo de la actividad económica. B) Duración de los contratos: se recoge en la Resolución que *la duración de los contratos fijada por SIGNUS ha ido aumentando con el tiempo en función de la capacidad existente de gestión en el mercado (párrafos 48-52) hasta los tres años en la última convocatoria lo que, a juicio de la DI, sería un plazo razonable y objetivo para la estrategia de negocio de los gestores*. Por ello, tal dinámica, no tiene aptitud para afectar a la libre competencia. C) Limitación del stock: compartimos, también en este punto, las reflexiones contenidas en la Resolución en orden a que *la cláusula nunca se ha aplicado, además de que su finalidad era tener un instrumento de control por parte de SIGNUS sobre el cumplimiento de sus obligaciones con los objetivos del PNIR respecto a las cantidades límites que deben ser objeto de cada posible aplicación. Lo mismo cabe interpretar de la supuesta limitación de la fuente de suministro, supeditadas a la acreditación de capacidad de venta y de gestión para adjudicar los NFU, incluida en las convocatorias de 2010 y eliminada en la de 2011*. D) Opacidad de las adjudicaciones. Es cierta la afirmación que se contiene en la Resolución impugnada en cuanto a que *las convocatorias indican los criterios de valoración de las ofertas, con apariencia de objetividad y permite la rotación de los recogedores de un año a otro, como efectivamente sucedió en el año 2007 en determinadas provincias. Además, técnicamente tiene sentido que se concedan más puntos a los recogedores de SIGNUS que ya actuaban en la zona y a los que ofrecen prestaciones adicionales (labores de clasificación y reutilización)*.

En el presente caso, no resulta que la conducta, al margen de que no existan indicios de abuso, afecte a la libre competencia ni tiene aptitud para ello. Las conductas descritas en la demanda, o bien están justificadas, o no tienen aptitud para vulnerar la libre competencia, o ambas cosas.

Pues bien, al margen de que en los actos denunciados puedan concurrir elementos que los configuren como abusivos en el ámbito negocial, lo cierto es que tal cuestión ha de ventilarse ante la Jurisdicción civil, y ello, de una parte porque la controversia gira en torno a determinados aspectos de la contratación y de otra parte, porque, como decíamos, aún cuando existiera abuso, que no ha quedado acreditado, no resulta racionalmente, que el mismo pudiese afectar a la libre competencia, único caso en el que la Ley 15/2007 atribuye la competencia a la Comisión Nacional de la Competencia para el ejercicio de la potestad sancionadora.



Del expediente administrativo, no resulta que la libre competencia pudiera verse afectada por la conducta denunciada.

Tampoco existen indicios de la existencia de una conducta colusoria de la relación de hechos descrita en la demanda, ni de los datos obrantes en el expediente. Efectivamente, la toma ordinaria y colectiva de decisiones por los miembros de un SIG, organizado para la recuperación de determinados residuos, no implica una conducta colusoria anticompetitiva per se. Y el carácter abusivo o no de la decisión, en este caso hemos señalado que no apreciamos el abuso, no convierta la conducta en colusoria.

CUATRO : De lo expuesto resulta la desestimación del recurso.

Procede imponer las costas a la recurrente, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en su redacción dada por la Ley 37/2011.

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

FALLAMOS

Que **desestimando** el recurso contencioso administrativo promovido por **Federación Española de la Recuperación y el Reciclaje**, y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a Aurora Gutiérrez Martín, 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 noviembre de 2012**, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia debemos **confirmarla** y la **confirmamos**, con imposición de costas al recurrente.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN / Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.