

Id. Cendoj: 28079230062006100030
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 15/02/2006
Nº de Recurso: 685/2003
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MERCEDES PEDRAZ CALVO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a quince de febrero de dos mil seis.

Visto el recurso contencioso administrativo num. 685/03 que ante la Sala de lo Contencioso

Administrativo de la Audiencia Nacional han promovido SOCIEDAD ECOLOGICA PARA EL RECICLADO DE LOS ENVASES DE VIDRIO (ECOVIDRIO) representada por la Procuradora D^a M^a

Jesús. Gutiérrez Aceves y ASOCIACION NACIONAL DE EMPRESAS DE FABRICACIÓN AUTOMATICA DE ENVASES DE VIDRIO (ANFEVI) representada por el Procurador D. Roman

Velasco Fernández, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr.

Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 12 de

septiembre de 2003, relativa a sanción por vulneración de la Ley de Defensa de la competencia,

siendo Codemandada VIDRIO RECUPERADO S.A.(REVISA) representada por la Procuradora D^a M^a

Carmen Ortiz Cornago, y la cuantía del presente recurso de 300.000 euros en el caso de

ECOVIDRIO y 600.000 euros en el caso de ANFEVI. Ha sido Ponente la Magistrado D^a Mercedes

Pedraz Calvo.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de ECOVIDRIO interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia mediante escrito de fecha 21-XII-03. La Sala dictó Providencia acordando tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo y la publicación de los correspondientes anuncios en el BOE.

La representación procesal de ANFEVI interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia mediante escrito de fecha 24-XII-03. La Sala dictó Providencia acordando tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo y la publicación de los correspondientes anuncios en el BOE.

La Sala dictó auto acordando acumular ambos recursos.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno la representación procesal de ECOVIDRIO formalizó la demanda mediante escrito en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando se dicte sentencia por la que declare nula la resolución impugnada.

Igualmente la representación procesal de ANFEVI presentó escrito formalizando la demanda y solicitando su estimación con declaración de nulidad o anulabilidad de la resolución impugnada.

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

La representación procesal de la codemandada presentó escrito de contestación a las demandas para solicitar su desestimación de conformidad con los fundamentos de hecho y de derecho que dejó expuestos. En el suplico solicita que se declare expresamente "que de los ilícitos cometidos por ECOVIDRIO son solidariamente responsables ANFEVI y VILESA".

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

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

QUINTO.- La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 14 de febrero de 2.006 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en este recurso contencioso-administrativo el acuerdo dictado por el Tribunal de Defensa de la Competencia el día 12 de septiembre de 2003, dictada en el expediente 537/02 (2000/00 del Servicio de Defensa de la Competencia) por la que se declara:

1-. La realización por ANFEVI (hoy recurrente) de una conducta prohibida en el Art. 1 LDC consistente en el reparto geográfico del mercado del calcín entre 1.982 y 2001. Le impone por ello una multa de 600.000 euros

2-. La realización por ECOVIDRIO (hoy recurrente) de una conducta prohibida en el Art. 1 LDC consistente en el reparto geográfico del mercado del calcín entre 1.982 y 2001. Le impone por ello una multa de 150.000 euros.

3-. La realización por ECOVIDRIO de una conducta prohibida en el Art. 6 LDC consistente en abusar de su posición dominante al ignorar la solicitud de REVISA (hoy codemandada) de adhesión al sistema integrado. Se le impone la multa de 150.000 euros.

4-. La realización por ECOVIDRIO y ANFEVI de una conducta prohibida en el Art. 1 LDC al acordar, en el contrato suscrito el 30-VII-97 la cesión por la primera a la segunda de todo el vidrio obtenido de los Ayuntamientos, y la segunda a la primera, todos sus contratos con las Entidades locales.

5-. La realización por VILESA y REVISA de una conducta contraria al Art. 1 LDC al firmar y poner en práctica un acuerdo de compra y venta exclusiva.

SEGUNDO.- La representación procesal de ECOVIDRIO alega motivos de recurso de contenido formal o procedimental y otros relativos al fondo del asunto.

En primer lugar, denuncia la falta de incorporación al expediente de actuaciones desarrolladas en la instrucción con referencia especial a las actas de las entradas en su domicilio, cuya ausencia, según alega, impide conocer las razones en las que sustenta sus conclusiones el Pliego elaborado por el Servicio de Defensa de la Competencia.

En segundo lugar, alega que se ha producido la caducidad del expediente administrativo por haberse excedido el plazo de dieciocho meses previsto en la LDC.

Por último denuncia la vulneración trámite de audiencia y la limitación de medios de defensa.

Los motivos de impugnación relativos al fondo parten de la consideración de que le han sido imputados tres cargos: zonificación, exclusividad del convenio Ecovidrio-Anfevi y abuso de posición de dominio por no admitir a REVISA en Ecovidrio

A) En relación con la presunta corresponsabilidad en la zonificación, considera que no es autor ni responsable del reparto de mercado, correspondiendo dicha responsabilidad, si la hubiera a ANFEVI. Alega la inaplicabilidad de los supuestos de "extensión de responsabilidad" y que no ha practicado prueba que acredite la realización por ECOVIDRIO de actuaciones materiales de reparto de mercado.

B) En relación con la imputación de conducta constitutiva de abuso de posición de dominio sostiene que REVISA no reúne los requisitos para formar parte del Sistema Integrado de Gestión, que puede ser contratada en el mercado por muchos operadores distintos de ECOVIDRIO bien porque hay zonas en las que no funciona esta bien contratando en la época en que funcionaba con la propia ANFEVI. Considera que es un tipo sancionador de resultado, y que, en ausencia de prueba sobre tales resultados no puede imponerse sanción.

C) Por último efectúa alegaciones respecto de otras conductas, consideradas como infractoras por el TDC pero no sancionadas, por entender la recurrente que las mismas no son contrarias a la LDC ni constitutivas de infracción.

TERCERO.- La representación procesal de ANFEVI alega igualmente cuestiones procesales y otras sustantivas que a su juicio justifican la revocación de la resolución impugnada:

En materia formal denuncia en primer lugar que se ha vulnerado el principio de irretroactividad de la Ley al sancionar conductas anteriores a la LDC siendo así que esta entró en vigor el 18 de octubre de 1.989.

En segundo lugar, vulneración de su derecho de defensa por no darse trámite de alegaciones al modificarse la calificación de los hechos respecto de las consideraciones del informe-propuesta. Considera que al modificarse la valoración por el Instructor, por aplicación de lo dispuesto en el Art. 43.1 LDC debió darse audiencia a la interesada. Denuncia finalmente que la tramitación de la instrucción fue, en su conjunto, irregular.

En cuanto al fondo del asunto, sostiene que no se da ninguno de los elementos necesarios para que se considere que existe una conducta contraria al Art. 1 LDC no solo en cuanto a la definición del mercado sino respecto de las circunstancias que rodean al producto cuyo mercado geográfico presuntamente se habrían repartido. Alega en segundo lugar, que en todo caso la práctica vendría autorizada por la Ley de Envases y Residuos de Envases, 11/97.

CUARTO.- El Abogado del Estado en su escrito de contestación sostiene la conformidad a derecho de la resolución impugnada

La codemandada alega que: 1º el vidrio es materia prima con notable interés económico; 2º ha tenido lugar el reparto de zonas del mercado de reciclado de vidrio por parte de ANFEVI con la colaboración de ECOVIDRIO y VILESA y la subsiguiente desaparición de REVISA; 3º esta zonificación del mercado del vidrio fue reconocida por las hoy actoras en vía administrativa.

QUINTO.- Es preciso examinar en primer lugar las alegaciones relativas a defectos de tramitación comenzando por la supuesta vulneración del principio de irretroactividad de la Ley al sancionarse conductas anteriores a la LDC siendo así que esta entró en vigor el 18 de octubre de 1.989.

De la simple lectura del Acuerdo impugnado resulta que, como pone de manifiesto el Abogado del Estado, se está sancionando la conducta en fechas posteriores a la entrada en vigor de la LDC si bien se describen los antecedentes con una doble finalidad: poner de manifiesto que ANFEVI se constituyó en junio de 1.977 y que sus asociados representan el 98% de la producción nacional de vidrio hueco, y los orígenes de una conducta que viene repitiéndose desde hace años.

En cuanto a la alegación de ANFEVI de vulneración de su derecho de defensa por no darse trámite de alegaciones al modificarse la calificación de los hechos respecto de las consideraciones del informe-propuesta, el examen del escrito del SDC revela que :

1º El informe propuesta coincide con el Pliego de Concreción de Hechos: cargos de

reparto de mercado, acuerdo de exclusiva y no competencia, (ANFEVI y ECOVIDRIO) actuación de ANFEVI como central de compras y órgano de sus asociados, acuerdo de fijación de precios por ECOVIDRIO, acuerdo de REVISA y VILESA con doble exclusiva, y abuso de posición dominante de ECOVIDRIO al impedir a REVISA ser recuperador autorizado. Se incluye una propuesta de sobreseimiento relativa a la participación de VILESA y ANFEVI en la no-admisión de REVISA en ECOVIDRIO.

El Pliego de concreción de hechos se dicta el 5-IV-2002, notificado el 10-IV-02 y el informe- propuesta de 3 de mayo de 2002.

Se remite el expediente al TDC el 9 de mayo siguiente, y este requiere del servicio el envío de antecedentes documentales. En el oficio de remisión de los antecedentes se realizan consideraciones que no encuentran acogida en la LDC puesto que el TDC no ha acudido a la vía prevista en el artículo 43 de la ley de Defensa de la Competencia. En consecuencia, no procedía dar audiencia a las partes, máxime cuando la valoración de dicho escrito, que no reviste forma de informe o conclusión, sino que acompaña la remisión de documentos, ha sido llevada a efecto ampliamente no solo ante el TDC sino también en esta instancia judicial.

En todo caso, en el expediente obra un escrito de ECOVIDRIO que en su página 5 (y pág. 74 del expediente) pone de relieve "La carta dirigida por D. Jose María , Director del Servicio de Defensa de la Competencia, al Presidente de este Tribunal de fecha 26 de julio de 2002 y que consta en el expediente, comparte nuestra inquietud..." Y copia lo que califica de "carta".

La propia ANFEVI en su escrito de 27-VI-03, de conclusiones, analiza en la página 2 folio 517 del expediente) la referida carta, que ahora es calificada de "corrección de los cargos imputados a ANFEVI" para concluir, que desde 29-IV-2002, la zonificación no constituye en modo alguno un reparto de mercado...". Resulta en consecuencia de la propia actuación administrativa y de las recurrentes, que con independencia de la valoración que pudiera realizarse de las observaciones vertidas por el Director del S.D.C. en el oficio remitido de los documentos requeridos por el TDC, estas observaciones no son constitutivas de unas nuevas conclusiones distintas y contradictorias de las acusatorias sucesivamente recogidas en los instrumentos formales regulados por la LDC: el pliego de concreción de hechos y el informe propuesta.

Por otra parte, en el tiempo transcurrido entre el día 3 de mayo de 2002 (fecha del informe propuestas) y el 26 de julio siguiente (fecha del oficio remitido de documentos) no resulta que se haya practicado prueba o que hayan ocurrido hechos nuevos susceptibles de alterar significativamente las conclusiones obtenidas por el SDC en la instrucción.

Por parte de ECOVIDRIO se alega que no se han incorporado al expediente actuaciones desarrolladas en la instrucción, concretamente las actas de las entradas en su domicilio, cuya ausencia, según alega, impide conocer las razones en las que sustenta sus conclusiones el Pliego elaborado por el Servicio de Defensa de la competencia.

Es precisamente la "carta" (la recurrente califica como tal al documento que a juicio de esta Sala es un oficio remitido) de 26-VII-02 la que acompaña a la remisión de los documentos relativos a la investigación domiciliar realizada a ECOVIDRIO, documentos que fueron puestos a disposición de las partes durante la tramitación del

expediente ante el TDC.

En segundo lugar, alega que se ha producido la caducidad del expediente administrativo por haberse excedido el plazo de dieciocho meses previsto en la LDC. El exámen de las actuaciones pone de manifiesto que tal caducidad no ha tenido lugar no habiéndose sobrepasado los plazos establecidos al efecto por la Ley.

SEXTO.- Entrando a conocer el fondo del asunto, la primera cuestión a establecer es la relativa a la determinación del mercado relevante, como paso previo para determinar si existe o no el reparto geográfico del mercado del mismo, realizado por ANFEVI y por ECOVIDRIO, una conducta prohibida en el Art. 1 LDC.

El artículo 81.1 del Tratado de la Unión Europea dispone: "1. Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en:..."

Por su parte el artículo 1 de la Ley 16/1989 dispone: "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."

Del tenor literal del precepto resulta que la actividad prohibida lo es cualquier acuerdo o conducta tendente a falsear la libre competencia. 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 y la conducta ha de ser apta para impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional.

La resolución impugnada define el mercado afectado, el mercado objeto de reparto como el del casco o calcín.

La Asociación ANFEVI creada en 1.977 es la patronal de los fabricantes de vidrio hueco; ECOVIDRIO creada en 1.995 reúne a los fabricantes de vidrio a título individual, a la Asociación ANFEVI, y a los envasadores de vidrio. Posteriormente se suman las Asociaciones de los recuperadores de vidrio y de los recogedores de vidrio. Todos los participantes en el proceso se hallan por tanto presentes: los fabricantes de vidrio, que al tiempo son consumidores de calcín, proporcionan a los envasadores de vidrio el producto necesario para comercializar los productos que adquiere el ciudadano. Consumido el contenido, resta el continente que si es depositado en el contenedor, pasara a ser propiedad del Ayuntamiento que instala dichos contenedores en el área de su municipio. La recogida y descarga de los contenedores a su vez es

llevada a cabo en ocasiones por el propio Ayuntamiento, generalmente a través de empresas recogedoras de vidrio, previa concesión del servicio. De los correspondientes depósitos es nuevamente recogido por los recuperadores de vidrio para el reciclado.

Este proceso se vio afectado (en muchos casos se puso en marcha) por la entrada en vigor de la ley 11/1997 de Envases y Residuos de Envases, aprobada con la finalidad declarada de cumplir el compromiso adquirido en el seno de la Unión Europea, materializado en la Directiva 94/62/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de diciembre, relativa a los envases y residuos de envases. Tanto la Directiva como la ley establecen unos objetivos de reciclado y valorización a cumplir por los Estados Miembros, y para cumplirlos se impone a los fabricantes de envases la obligación de utilizar en los procesos de fabricación material procedente de residuos de envases; la ley establece que los distintos agentes que participan en la cadena de comercialización de un producto envasado (con cita de envasadores, importadores, mayoristas y minoristas) "deben cobrar a sus clientes, hasta el consumidor final, una cantidad por cada producto objeto de transacción y devolver idéntica suma de dinero por la devolución del envase vacío. En segundo lugar, los agentes citados podrán eximirse de las obligaciones derivadas del procedimiento general cuando participen en un sistema integrado de gestión de residuos de envases y envases usados, que garantice su recogida periódica y el cumplimiento de los objetivos de reciclado y valorización fijados" (Exposición de Motivos de la ley 11/97).

Es así que, a juicio de esta Sala, queda claramente delimitado un mercado, el del calcín, en el que los miembros de ANFEVI y los de ECOVIDRIO tienen un protagonismo reflejado en los propios estatutos de la segunda: se trata de promover la constitución y desarrollo de un sistema integrado de gestión para los residuos de envases de vidrio en base al programa de reciclado del vidrio gestionado por ANFEVI, como sistema más idóneo para el tratamiento de los residuos de envases de vidrio (Art. 2 de los estatutos).

ECOVIDRIO y ANFEVI firman un contrato por el que la segunda gestionará por encargo de la primera "toda la infraestructura de recogida de residuos de envases de vidrio, siendo el único receptor autorizado de ese vidrio" si bien se reconoce la posibilidad de que ANFEVI subcontrate la gestión de la recogida de envases (no debe olvidarse que esta Asociación representa al 98% de la producción total de vidrio hueco). Esta decidirá, con los asociados, el destino final del vidrio recuperado, determinará las condiciones técnicas para el aprovechamiento del vidrio, se relacionará a estos efectos con las Administraciones locales, y a cambio cederá a ECOVIDRIO los contratos vigentes suscritos con estas Administraciones. La Sala se remite expresamente al folio 242 del expediente administrativo, como recoge literalmente la resolución impugnada en el Hecho Probado num. 4.

La conducta de las demandantes y los efectos sobre la competencia resultan particularmente claros en el supuesto de la empresa denunciante: desde la fecha de entrada en vigor del reparto geográfico a dicha empresa (que desarrolla la actividad de recuperadora) no se le admite vidrio procedente de Galicia. Posteriormente se "asigna" el vidrio de esta zona (entre otras) a Vilesa. La reestructuración de la zona, y el reparto de los flujos de vidrio en relación con otras fábricas están documentados en el expediente.

Los operadores económicos miembros de Ecovidrio, y los fabricantes de vidrio asociados en Anfevi repartieron por zonas geográficas el mercado de reciclado de

vidrio. La conducta es descrita por dichas asociaciones como una "zonificación". La actividad de reciclado es presentada por los recurrentes como una actividad realizada en beneficio de la comunidad, con un elevado contenido de interés social, con unos importantes efectos beneficiosos para el medio ambiente y repercusiones favorables para el conjunto de la Sociedad.

Estas alegaciones se imponen por su evidencia pero la Sala no puede ignorar que junto a este aspecto de beneficio comunitario existen otros aspectos de esta actividad que son relevantes para el enjuiciamiento de la conducta descrita como "zonificación":

1º Se trata de una actividad económica con sustantividad propia con independencia del aspecto "ecológico" porque el calcín constituye una materia prima para la fabricación del vidrio, objeto de la actividad económica de los asociados en Anfevi.

2º La actividad de reciclado de vidrio, en una u otra de sus fases, constituye la propia actividad empresarial o económica de algunos de los asociados en Ecovidrio (singularmente los recogedores y recuperadores de vidrio).

3º Y fundamental: la Ley 11/97 en su artículo 6 impone a los agentes económicos involucrados en el sistema de envasado y comercialización de productos envasados en vidrio (entre otros) el cobro a los clientes de una cantidad individualizada por cada envase objeto de transacción, que será devuelta si se retorna el envase. El artículo 7 establece un sistema para eximirse de aquella obligación: participar en un sistema integrado de gestión de residuos de envases y envases usados. El artículo 9 regula la participación de las Entidades locales, señalando que participarán mediante la firma de convenios de colaboración entre ellas y la entidad a la que se asigne la gestión del sistema.

Resulta así que para las demandantes está en juego la obtención de materia prima para la elaboración del vidrio, la realización de operaciones relacionadas con este que constituyen el objeto de su actividad económico-empresarial, y por último, el cumplimiento de las obligaciones legales mediante la participación en un sistema que al parecer ofrece grandes ventajas frente a la alternativa de cobrar al consumidor por cada envase y devolverle lo cobrado cuando lo retorne.

Las ventajas que ofrece en todos estos aspectos la eliminación de la competencia para el reparto del mercado son evidentes, con independencia de que la Administración (las autoridades de defensa de la competencia) hayan o no determinado que tal reparto haya tenido influencia en el precio del calcín. Por su parte las demandantes, no han razonado cual ha sido el beneficio para el consumidor de productos envasados en vidrio de este sistema. El supuesto beneficio para la colectividad, vistas las obligaciones impuestas por la Ley de envases y residuos de envases, no se ha acreditado. Por la misma razón esta ley 11/97 no puede constituirse en la justificación que se alega por aplicación del artículo 2 LDC: el artículo 8 sujeta a autorización los sistemas integrados de gestión de residuos de envases, señalando que el sistema tendrá un ámbito territorial, y la autorización carácter temporal.

La propia autorización obtenida con posterioridad del TDC no es incondicionada: está sujeta al cumplimiento de requisitos que no están presentes en el Acuerdo de reparto de zonas geográficas.

Por lo expuesto entiende esta Sala que ha quedado acreditada la conducta de reparto

del mercado, que dicha conducta está tipificada en el artículo 1 LDC, no está exenta por aplicación del artículo 2 LDC, y de la misma son responsables como autoras las demandantes, Ecovidrio y Anfevi, debiendo en este punto desestimarse ambos recursos.

SÉPTIMO.- En cuanto a la actuación de ECOVIDRIO en relación con REVISA el TDC declara que tal actuación es constitutiva de una práctica de abuso de posición de dominio prohibida por el artículo 6 LDC.

El artículo 6 de la Ley 16/1989, en la redacción que tenía antes de la modificación y adición operada en él por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, y, por tanto, en la redacción que hemos de tomar en consideración en esta sentencia, era del tenor literal siguiente: "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 servicio 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 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.

3. Se aplicará también la prohibición a los casos en que la posición de dominio en el mercado de una o de varias empresas haya sido establecida por disposición legal."

El Tribunal Supremo en la sentencia de 8 de mayo de 2003 ha establecido claramente las circunstancias en las que una conducta puede ser constitutiva de abuso de posición de dominio, en los siguientes términos:

" A) Como es obvio, lo prohibido no es la posición de dominio, sino la explotación abusiva de esa posición.

B) Se contiene en él una lista de comportamientos calificables como abusivos, pero tal lista no es exhaustiva, sino meramente ejemplificativa, que ilustra sobre el concepto de explotación abusiva pero no lo agota.

C) La explotación abusiva pasa, así, a ser la noción fundamental del precepto, el cual, sin embargo, no contiene, más allá de lo que aporta la citada lista, una definición de lo que debe entenderse por tal.

D) La explotación abusiva no es sólo una conducta prohibida, sino también una conducta "típica", que la Ley considera constitutiva de infracción administrativa, ligando a ella, por tanto, la posibilidad de la imposición de una sanción en sentido estricto (artículo 10 de la Ley 16/1989).

E) Por ello, al enjuiciar si una conducta es constitutiva de explotación abusiva, han de tenerse presentes los principios propios del derecho sancionador, en el sentido de exigencia de que tal calificación de la conducta pudiera ser predecible por su agente, de prohibición del uso de la analogía y de resolución a favor del imputado de las dudas razonables que no hayan podido ser despejadas.

F) Por fin, dada la similitud existente entre el artículo 82 (antiguo artículo 86) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y aquel artículo 6 , que transcribe casi literalmente la norma de antiabuso comunitaria al Derecho de Defensa de la Competencia español, cabe tomar en consideración la doctrina comunitaria sobre el abuso de posición de dominio como instrumento auxiliar para la interpretación de nuestro Derecho interno ".

No se ha impugnado ni negado, ni resta duda alguna a este Tribunal sobre el hecho de que la denunciante solicitó una y otra vez, sin resultado alguno, su integración en Ecovidrio. La negativa a su integración es por completo injustificada.

La empresa REVISA solicita el ingreso en ECOVIDRIO por primera vez el 17 de junio de 1.997, y no recibe respuesta, pese a tratarse en el comité de Reciclado de ANFEVI, Comité que decide establecer requisitos, ajenos a los estatutos de ECOVIDRIO para la pertenencia a esta. Como alega la codemandada, se pone de manifiesto la subordinación de esta a aquella. Igualmente se trata la cuestión en el comité de reciclado de ANFEVI, que señala a VILESA como gestora para Galicia y León y reitera que la gestión del reciclado en Galicia debe depender directamente de ANFEVI.. Posteriormente, en este mismo Comité se decide nuevamente que a esta corresponde la gestión de Galicia, pero que si REVISA monta una planta de tratamiento los miembros de la Asociación podrían absorber la parte del vidrio que corresponde a ANFEVI.

El tema de la situación de REVISA es tratado una y otra vez en el Comité de Reciclado de ANFEVI, manifestándose una voluntad de "solucionar el tema" (reunión de 29-X-97) y recordando que han solicitado incorporarse a ECOVIDRIO. Iniciado el año 1.998 REVISA sigue sin obtener respuesta a su solicitud pero si recibe comunicaciones relativas a su obligación de ceder la entrega de calcín recogido en Galicia.

El día 17-III-1998 REVISA solicita nuevamente su incorporación a ECOVIDRIO, carta que no obtiene respuesta, mientras VILESA se niega a recoger calcín procedente de Galicia (fax unido al expediente del Servicio) y se produce la situación provocada por la acumulación de vidrio en el depósito del Ayuntamiento de Salamanca, que REVISA se ofrece a gestionar y VILESA se niega a admitir como consecuencia del reparto geográfico del mercado del calcín litigioso.

La tercera solicitud se presenta el día 17 de febrero de 1.999 y no obtiene respuesta. En enero del 2000 se realiza un nuevo reparto geográfico como consecuencia del cual se produce la suspensión definitiva de la actividad empresarial de la denunciante y ahora codemandada.

A juicio de esta Sala, si la solicitud de ingreso no podía ser admitida, debió denegarse

exponiendo las razones de la negativa y posibilitando que la afectada o bien alegara lo oportuno en relación con dicha negativa o bien reaccionara eliminando los obstáculos. En consecuencia la negativa es injustificada.

En el supuesto de autos, a fin de determinar el mercado afectado debe darse por reproducido el razonamiento contenido en el fundamento jurídico anterior relativo al mercado del calcín, y al protagonismo de Ecovidrio en la actividad del reciclado del vidrio. El TDC considera que esta Asociación ostenta posición de dominio en el mercado de "sistemas integrados de gestión de residuos de vidrio" por ser titular de los contratos correspondientes con los Ayuntamientos. Se ha acreditado en el expediente que, a partir de la entrada en vigor de la Ley 11/97 y por aplicación de lo dispuesto en el artículo 9 (que regula la participación de las Entidades Locales en los sistemas integrados de gestión de residuos), y vista la previsión del artículo 19 (que sanciona como infracción muy grave el incumplimiento por los agentes económicos de la obligaciones de hacerse cargo de los residuos de envases y envases usados), a partir de entonces la participación en el mercado de productos envasados sin estar acogidos al sistema gestionado por Ecovidrio resultó inviable. La empresa denunciante, que solicitó inútilmente la adhesión a Ecovidrio quedó fuera de la Asociación, fuera de un sistema integrado de gestión de recursos y fuera del mercado de reciclado del vidrio.

De cuanto queda expuesto resulta acreditada a juicio de esta Sala la conducta calificada como abuso de posición de dominio por el TDC, la responsabilidad de la sancionada Ecovidrio en concepto de autora, y la procedencia de imponer una sanción.

OCTAVO.- Se declaran probados y se dan expresamente por reproducidos los hechos declarados por el TDC en relación con otras infracciones, por las que no se ha impuesto sanción.

No pueden prosperar por las mismas razones expuestas por el TDC las pretensiones recogidas en el escrito de la codemandada, solicitando se declare la coautoría de VILESA y ANFEVI, en relación con las conductas imputadas a ECOVIDRIO.

NOVENO.- Las demandantes argumentan en contra de la cuantía de las sanciones impuestas, que consideran desproporcionadas tanto objetivamente como en comparación con las impuestas por el propio TDC en otros expedientes sancionadores.

El artículo 10.1 del propio Texto Legal, establece: "El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllos, que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7... Multas de hasta 150.000.000 pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas...".

El principio de proporcionalidad es uno de los que caracterizan nuestro procedimiento administrativo sancionador. Está recogido en el artículo 131 LRJPAC que establece: "1. Las sanciones administrativas, sean o no de naturaleza pecuniaria, en ningún caso podrán implicar, directa o subsidiariamente, privación de libertad. 2. El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas. 3. En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas, se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios

para la graduación de la sanción a aplicar: a) la existencia de intencionalidad o reiteración. b) la naturaleza de los perjuicios causados. c) la reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza, cuando así haya sido declarado por resolución firme".

Este principio supone que la actuación sancionadora de la Administración deberá ser proporcionada a los fines que pretende alcanzar. Para apreciarla debe compararse por un lado el contenido y la finalidad de la resolución que adopta la Administración y de otra la entidad del sacrificio de los derechos de los administrados a quienes se impone la sanción, o expresado de otro modo, la gravedad del hecho ilícito y la gravedad de la sanción.

Este principio determina la exigencia de motivación de los actos administrativos sancionadores, la Administración debe exponer razonadamente los motivos por los que impone esa concreta sanción y no otra más leve o más grave.

En el supuesto enjuiciado, el TDC ha seguido esta motivación: 1º) la modalidad de la infracción, el reparto geográfico "de las fuentes de suministro" como una modalidad muy perjudicial de las actividades contrarias a la libre competencia y el abuso de posición de dominio como una infracción de "la especial responsabilidad que incumbe a quién ostenta la posición de dominio en el mantenimiento de la competencia en los mercados que domina"; 2º) el mercado afectado "el del denominado casco o calcín en el que los miembros de ANFEVI representan prácticamente la demanda total"; 3º) la dimensión del mercado del vidrio reciclado; y 4º) la ausencia de sanciones anteriores.

La cuantía de las sanciones impuestas por la infracción del artículo 1 y por la infracción del artículo 6 está motivada no apreciándose por esta Sala circunstancias que pudieran justificar su anulación o minoración.

En cuanto a la comparación con otros expedientes, únicamente de haberse razonado y acreditado la igualdad entre los distintos supuestos podría entrar esta Sala a valorar la justificación o ausencia de ella en las distintas cuantías de las multas impuestas.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del presente recurso y la confirmación del acto administrativo impugnado por su conformidad a derecho.

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

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

FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de ASOCIACION NACIONAL DE EMPRESAS DE FABRICACIÓN AUTOMÁTICA DE ENVASES DE VIDRIO (ANFEVI) y la de SOCIEDAD ECOLÓGICA PARA EL RECICLADO DE LOS ENVASES DE VIDRIO (ECOVIDRIO) contra el Acuerdo dictado el día 12 de septiembre de 2003, por el Tribunal de Defensa de la Competencia, descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, el cual confirmamos por ser conforme a derecho. Sin efectuar condena al pago de las costas.

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

ASI por esta nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando Audiencia Pública la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional