



Roj: **SAN 2600/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:2600**

Id Cendoj: **28079230062018100314**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **21/06/2018**

Nº de Recurso: **16/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2600/2018,**
ATS 13064/2018,
STS 3411/2019

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000016 / 2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00089/2015

Demandante: RUA PAPEL GESTIÓN SL

Procurador: D. JOSÉ RAFAEL ROS FERNÁNDEZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: RECUPERACION DE PAPELES HERMANOS FERNANDEZ S.A.

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintiuno de junio de dos mil dieciocho.

VISTO , en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso nº **16/15** , seguido a instancia de la mercantil "**Rua Papel Gestión SL**"



, representada por el Procurador de los Tribunales D. José Rafael Ros Fernández, con asistencia letrada, y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. El recurso versó sobre impugnación de resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (**CNMC**) de imposición de sanción en el expediente NUM000 recogida de papel, la cuantía se fijó en 354.888 €, e intervino como ponente el Magistrado Don Santiago Soldevila Frago. La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

AN TECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Para el correcto enjuiciamiento de la cuestión planteada es necesario el conocimiento de los siguientes hechos:

1. La recurrente, "Rua Papel Gestión SL", es una empresa ubicada en Barcelona dedicada fundamentalmente a la recuperación de papel, cartón y otros materiales. Cuenta con una planta de recuperación en Barcelona que realiza tareas de selección, triturado y prensado de residuos, convirtiéndolos en materia prima para la fabricación posterior de otros productos como papel y cartón. Pertenece a UDER desde su creación el 17 de julio de 2007.

2. La unión de empresas de recuperación SL (UDER), es una sociedad limitada constituida en julio de 2007, que tiene como objeto social la industria y el comercio de cualquier material susceptible de reciclaje, incluida la importación y exportación de dichos materiales, así como los servicios de consultoría y asesoramiento en cualquier área del sector de la recuperación

3. La CNMC, en el marco del expediente NUM001 que perseguía pactos de precios en el mercado de recogida de residuos sanitarios, realizó una inspección el 6 y 7 de junio de 2012 en la sede de Isma 2000, S.L.

4. En esa inspección, la extinta CNC tuvo acceso a determinada documentación relativa a posibles acuerdos de intercambio de información comercial sensible, reparto y fijación de condiciones comerciales del mercado de recogida, transporte y tratamiento de residuos de papel, así como de comercialización.

5. El 2 de diciembre de 2012, la DI abrió una información reservada bajo la referencia S/0430/12 a la que incorporó la documentación recabada en la inspección de ISMA relativa a dichas infracciones, acordándose la incoación del expediente sancionador NUM000 recogida de papel, el 17 de diciembre de 2012, en el que se investigó una presunta infracción de los artículos 1 LDC y 101 TFUE .

6. UDER y las empresas integradas en dicha sociedad como socios, entre las que se encuentra la recurrente, operan en el mercado de la recogida y recuperación de residuos de papel y cartón, así como en la comercialización posterior de estos materiales recuperados. Este mercado, según indica la CNMC, conforma un mercado diferenciado del de la recogida de otros residuos con los que tiene una sustituibilidad limitada desde el punto de vista de la oferta y la demanda.

7. Para la CNMC el proceso de gestión de los residuos de papel y cartón comienza con la recogida del producto que puede efectuarse por dos vías:

a) La recogida industrial recupera el cartón de las grandes superficies comerciales, las industrias, las editoriales, los recortes de papel de las imprentas, etc. Así, los recuperadores de residuos actúan como demandantes para ocuparse de la recogida de estos residuos. No obstante, en la práctica estos operadores actúan como demandantes y están dispuestos a pagar en términos netos por la recogida de dichos residuos, dado el potencial de valorización de los mismos.

b) La recogida selectiva municipal recupera el papel de los hogares, el pequeño comercio y las oficinas a través del contenedor azul, los puntos limpios y los servicios de recogida puerta a puerta. En este caso el papel y cartón usado lo recoge un camión grúa y lo lleva al almacén de un recuperador de papel y cartón, que lo clasifica por tipos, lo limpia, lo acondiciona y lo enfarda para vendérselo a las fábricas papeleras. La empresa recuperadora dispone de vehículos adaptados y facilita a los clientes elementos de recogida y almacenaje como los autocompactadores, compactadores, contenedores, etc. Aquí, los recuperadores de residuos actúan como oferentes.

8. Posteriormente, los materiales recogidos son descargados en los almacenes y el proceso se completa con la valorización del papel a través de su clasificación, triturado y enfardado, para su posterior comercialización a clientes, generalmente fábricas de papel y cartón.

9. La CNMC concluye afirmando que los mercados de productos afectados son:

a) El mercado de recuperación de residuos de papel y cartón



b) El mercado de comercialización de papel y cartón recuperado

10. En cuanto al mercado geográfico, la CNMC señala que el de comercialización es, como mínimo, de ámbito nacional y el de recuperación comprende el nacional y ámbitos inferiores.

11. La conducta que la CNMC declara probada es la siguiente.

- La recurrente, con otras empresas crean UDER y adoptan un acuerdo parasocial que supone una limitación de la actividad de los socios en favor de UDER, a quien reservan las licitaciones que tengan carácter nacional o supra autonómico (de más de tres CCAA), permitiendo a cada socio conservar un derecho de veto para impedir que UDER acuda a este tipo de licitaciones. A lo que se añade una limitación a la venta de una participación en UDER, pues para ejecutarla es obligado contar con el 75% de los votos favorables del Consejo de Administración. UDER no realizó nunca actividades de recuperación.

- El 3 de julio de 2008, con la denominación de "Procedimiento para la comercialización de materiales", los socios de UDER, establecen un sistema para racionalizar la adopción de acuerdos de comercialización de papel y cartón recuperado con fabricantes de papel.

-Las características principales del procedimiento son las siguientes:

a) Los socios deben trasladar al Director General de UDER las cantidades y calidades de papel que pueden suministrar, así como los precios a los que desearían comercializar.

b) Cuando UDER tenga una demanda de material concreta debe ponerlo en conocimiento del Consejo con el fin de que aquellos socios que tengan disponibilidad del mismo, puedan ponerlo a disposición fijando en todo caso, las calidades, cantidades y precio al que pueden aportar.

c) En el caso de que exista un contrato firmado por UDER, los miembros del Consejo deberán confirmar la disponibilidad de cada uno de los materiales comprometidos.

d) Como norma general, salvo que un socio concreto no produzca alguno de los materiales comprometidos, la participación será de todos los socios, pudiéndose estudiar en su caso, distinta proporción cuando existan diferencias de producciones.

-Ante los reiterados incumplimientos de los socios, y para evitar que aquellos socios que en su momento no pudieron comprometer más cantidades, se vieran limitados por los compromisos iniciales, se adoptaron los siguientes acuerdos por unanimidad:

a) Cuando se apruebe un incremento de suministro con el cliente, se invitará a suministrarlo a aquellos que menos tonelaje vinieran suministrando hasta ese momento.

b) Cuando un socio perdiera producciones o no tuviera interés en continuar con el suministro, lo pondrá a disposición de otros socios.

c) Si existiera algún incremento puntual de cantidades que deben suministrarse, de nuevo se ofrecerá al socio o socios que aporten menor tonelaje.

-Por otra parte y dadas las carencias logísticas de UDER, se acordó repartir los servicios de recuperación entre los socios de acuerdo con un procedimiento específico, aprobado en noviembre de 2008, denominado "Procedimiento de adjudicación de servicios de recuperación de papel y cartón derivados de acuerdos firmados por UDER". Según este acuerdo, el contrato de recuperación de papel y cartón firmado por UDER se adjudica al socio cuyo almacén se encuentre en un radio inferior a 30 kms del generador y si hay varios, por sorteo.

-En los contratos analizados en el expediente figuran tanto el precio de compra del material valorizado como el precio que el generador de residuos tiene que pagar por los servicios de recogida y depósito.

-Desde noviembre de 2008 pactaron tarifas unitarias para la prestación de los servicios.

-"El Club" es una agrupación de las empresas sancionadas, que dio origen a Uder y que continuó funcionando en paralelo. Sus principios son, básicamente, el pacto de no agresión entre los miembros, la resolución interna de conflictos y la posibilidad de expulsión de los incumplidores.

12. El Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), mediante resolución de fecha 6 de noviembre de 2014, adoptó las siguientes decisiones:

1º Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y del artículo 101 del TFUE, en los términos expuestos en los Fundamentos de Derecho Cuarto, Quinto, Sexto y Séptimo de esta Resolución.

2º De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de Derecho Octavo, declarar responsables de las citadas infracciones a las siguientes empresas:

.....

-Rua Papel Gestión SL

3º Imponer a las autoras responsables de las conductas infractoras las siguientes multas:

....

-Rua Papel Gestión SL 354.888 euros.

4º. Intimar a las empresas sancionadas al cese de la conducta.

SEGUNDO: Por la representación de la actora se interpuso recurso Contencioso-Administrativo contra la resolución precedente, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho. La fundamentación jurídica de la demanda se basó en las siguientes consideraciones:

1. Infracción del artículo 13.3 del RD 261/2008 (RDC) y 40 de la LDC :

-La Orden de investigación de 29 de mayo de 2012 autorizó la entrada en el domicilio de Isma 2000 SL los días 6 y 7 de junio de 2012 en relación a posibles pactos colusorios en el mercado de recogida, transporte y tratamiento de residuos en centros sanitarios, que son residuos sanitarios aunque incluyan papel y cartón, pero no los recogida de papel y cartón generales que constituyen un mercado separado.

2. Infracción del artículo 20.4 del Reglamento 1/2003, 18.2 CE, 13.3 del RD 261/2008 (RDC) y 40 de la LDC, por falta de motivación de la orden de investigación:

-La Orden no concreta el objeto y finalidad de la búsqueda y se expresa en términos vagos y generales. Invoca la STS de 10-12-2014, caso Unesa y la de 27 de febrero de 2015, caso Transmediterránea .

3. Infracción del artículo 20.4 del Reglamento 1/2003, 18.2 CE, 13.3 del RD 261/2008 (RDC) y 40 de la LDC, por falta de indicios probatorios:

-Invoca la STG de 14 de noviembre de 2012, asunto Nexans T-135/09 y señala que no existía indicio alguno de actividad colusoria que justificara la adopción de la Orden de entrada de 29 de mayo de 2012. También invoca el asunto T-339/04 , France Telecom.

4. Infracción del artículo 20.4 del Reglamento 1/2003, 18.2 CE, 13.3 del RD 261/2008 (RDC) y 40 de la LDC, por incumplimiento de los requisitos para aceptar la teoría del hallazgo casual y desbordamiento del objeto de la inspección.

-Invoca la doctrina de la Sala II del Tribunal Supremo sobre la validez de las entradas domiciliarias en caso de flagrante delito y la SAN de 26/09/2011 . En todo caso afirma que el procedimiento administrativo tiene particularidades propias que lo distinguen del proceso penal, que es más favorable a proteger las autorizaciones judiciales de entrada domiciliaria.

-El desbordamiento existe porque la orden de investigación se concedió para la búsqueda de indicios probatorios relacionados con una práctica anticompetitiva relacionada con residuos sanitarios y no de papel cartón.

-Inexistencia de pruebas independientes de las obtenidas a partir de la inspección a Isma.

-La existencia de un auto judicial que permite la entrada no exime a la CNMC de la fiscalización posterior de su actuación.

5. Posible segmentación del mercado de recogida y recuperación. Conclusión secundaria:

-Es posible la segmentación acudiendo a la demanda, ya sea local o nacional ya que los servicios prestados no son sustituibles.

-En todo caso, esta circunstancia se califica de secundaria.

6. Las normas de funcionamiento de Uder no son anticompetitivas. Invoca las directrices horizontales y la jurisprudencia del TJUE.

A) En el mercado de recuperación de papel y cartón:

-Uder permite a sus socios el acceso a ese mercado supraautonómico,



-Uder no se producen efectos anticompetitivos porque los socios de Uder no tienen poder de mercado (tienen menos del 15%).

-El mercado es atomizado (los 4 primeros tienen el 3%)

-Los generadores tienen un gran poder de negociación.

Por ello son de aplicación los artículos 101.3 TFUE y 1.3 LDC, que contemplan la exención de la conducta si se califica de anticompetitiva ya que se cumplen los cuatro requisitos impuestos:

-Genera eficiencias: permite el acceso de pequeños recuperadores al mercado supraautonómico: 1) No es obstáculo que haya varios operadores en cada Comunidad Autónoma ya que lo relevante son las distancias entre las sedes de ambos y el tipo de papel que recogen y en este caso no se solapan.

2) Saica es el líder de mercado nacional frente al que se agrupan los pequeños recogedores en Uder. Al haber adquirido Saica la empresa Vilar-Mata, socio de Uder, Uder tuvo que expulsarla lo que evidencia la finalidad competitiva de Uder. 3) El derecho de veto contenido en un acuerdo parasocial evidencia la finalidad procompetitiva: se reserva a Uder las licitaciones nacionales pudiendo los socios vetar que Uder vaya a ese tipo de licitaciones. Lo que los socios pueden vetar es que Uder acuda a licitaciones no nacionales y no al revés. 4) El contrato de Uder con SGEL, aunque local, tenía por fin lograr un contrato nacional dada la posición de SGEL. Los socios colaboraban con Uder facilitando información, pero no preparaban el contrato. Uder realizaba contratos locales bajo demanda de sus clientes.

-Las restricciones no van más allá de lo necesario para realizar el fin procompetitivo de Uder: 1) Inexistencia de coordinación o fijación de precios: Uder paga a los generadores los residuos que compra y los generadores pagan a Uder por el servicio de recogida y el alquiler de los materiales necesarios, siendo el saldo favorable al generador. Los precios no están establecidos en un escandallo de costes (Instrucción) ya que lo que la Instrucción determina es lo que Uder pagará a cada socio teniendo en cuenta sus costes, pero no lo que paga a los generadores ya que éste lo fija Uder con total libertad. En todo caso se fijaría un precio de compra y ello no supone infracción por objeto según la Comunicación de la Comisión citada. 2) Inexistencia de reparto de mercado: La adjudicación de servicios en Uder se aplica solo a nivel nacional o supraautonómico y no local. La lógica económica de la actividad de recuperación exige que el prestador del servicio esté a menos de 30 Km del generador y ese es el criterio de Uder para adjudicar, llegando a ofrecer el servicio a un no socio en ausencia de éstos. Si hay varios socios dentro de los 30 Km el método de adjudicación es el sorteo y posterior rotación. 3) Inexistencia de pactos de no competencia: Uder no influye en los mercados locales, subraya que no tiene noticia de pactos de no agresión, y que la recurrente no compite con ningún socio de Uder. 4) Inexistencia de intercambios de información: Los socios tenían acceso a determinada información pública y no tuvieron acceso a informaciones concretas sobre las ofertas a presentar a los generadores, sino sólo a la aceptación o rechazo por Uder. Destaca que la recurrente no opera por sí sola en el ámbito nacional y solo lo hace en una zona determinada lo que determina que no compitiera con otros socios y que el acceso de los socios a esa información era indispensable para la operativa de Uder que no contaba con medios propios.

B). En el mercado de comercialización de papel y cartón recuperado, también Uder se ajusta a las directrices horizontales de la Comisión:

-Genera eficiencias: permite a los socios acceder a contratos de ámbito supralocal.

-Inexistencia de restricciones innecesarias: 1) sobre fijación de precios: el precio que pagan por el papel las grandes papeleras es unitario por calidad. Dado que los recuperadores no están individualmente presentes en el segmento grandes suministros, no cabe imputarle la coordinación de precios. 2) Sobre concertación de cantidades suministradas: La CNMC no justifica que en el documento "procedimiento para la comercialización de materiales" se contengan restricciones. La asignación de responsabilidades a los socios para el suministro se determina sobre la disponibilidad de cada socio. 3) Sobre la compartición de información comercial sensible: los socios de Uder acceden a la identidad del cliente que requiere volúmenes de papel recuperado (información pública y solo útil al operador nacional), a las cantidades puestas a disposición de Uder por cada socio y el precio de venta pretendido (información no sensible al referirse a un mercado supralocal) y al precio final que comercializa Uder (dato imprescindible para el funcionamiento de Uder y que afecta a un mercado supralocal). Añade la CNMC el acceso a otra información que no justifica.

6. Invoca la doctrina de las restricciones accesorias ya que estima que en caso de existir limitaciones a la libre competencia, el acuerdo de base no es anticompetitivo y las restricciones serían proporcionadas y mínimas. Invoca la sentencia del TGUE de 24 de mayo de 2014 asunto Mastercard

7. Subsidiariamente: Invoca la STS de 29/01/2015 y señala que la multa ha sido calculada con infracción de los artículos 63.1 c) y 64 de la LDC.



TERCERO: La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida.

CUARTO: Practicada la prueba declarada pertinente, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes.

QUINTO: Mediante escrito de fecha posterior al trámite de conclusiones la recurrente invocó la STS de 15 de junio de 2015, recurso nº 3454/2013 y en consecuencia la caducidad del expediente administrativo por haber excedido la CNMC el plazo de 18 meses en su tramitación. El plazo máximo para notificar la resolución venció el 17 de junio de 2014 y dicha notificación se produjo el 11 de noviembre de 2014. A lo sumo admite que el plazo para la notificación pudo extenderse hasta el 4 de septiembre de 2014, habida cuenta las suspensiones justificadas habidas en el curso del procedimiento.

La Abogacía del Estado se opuso a dicha alegación.

SEXTO : Señalado el día 20 de junio de 2018 para la deliberación, votación y fallo ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

SÉPTIMO: Aparecen observadas las formalidades de tramitación, que son las del procedimiento ordinario.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: La cuestión que se plantea en el presente proceso es la relativa a determinar el ajuste legal de la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), de fecha 6 de noviembre de 2014, en la que se adoptaron las siguientes decisiones:

1º Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , y del artículo 101 del TFUE , en los términos expuestos en los Fundamentos de Derecho Cuarto, Quinto, Sexto y Séptimo de esta Resolución.

2º De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de Derecho Octavo, declarar responsables de las citadas infracciones a las siguientes empresas:

.....

-Rua Papel Gestión SL

3º Imponer a las autoras responsables de las conductas infractoras las siguientes multas:

.....

-Rua Papel Gestión SL 354.888 euros.

3º. Intimar a las empresas sancionadas al cese de la conducta.

Con carácter previo al examen de la cuestión planteada debe darse respuesta a la recurrente acerca del motivo de caducidad del expediente, alegado una vez declaradas conclusas las presentes actuaciones.

Es cierto que esta Sala en diferentes resoluciones interpretó la STS de 15 de junio de 2015 en el sentido que postula la recurrente y en consecuencia procedería estimar sus alegaciones en este punto. Sin embargo, posteriormente, mediante la STS de 26 de julio de 2017, recurso de casación nº 3811/2015 , el Tribunal Supremo desautorizó la interpretación seguida por la Audiencia Nacional respecto del ámbito y sentido de la STS de 15 de junio de 2015 .

En concreto, en su FJ Sexto dice a este respecto: "lo que la sentencia de 15 de junio de 2015 no proclama con carácter general, porque no era eso lo que se discutía en el litigio de su razón, es que si el plazo inicial de 18 meses se extiende sobrevenida y legítimamente, por razón de una suspensión acordada en tiempo y forma, una vez que esos 18 meses (contados desde la fecha de incoación) hayan transcurrido no podrán acordarse suspensiones añadidas en el intervalo añadido correspondiente al plazo ampliado".

En estas circunstancias procede desestimar este motivo de recurso ya que la alegación de la recurrente postula una interpretación sobre el cómputo de los plazos de tramitación del expediente y su incidencia en la declaración de caducidad, expresamente rechazada por el Tribunal Supremo.

SEGUNDO: En primer lugar, la parte recurrente alega que la orden de investigación de fecha 29 de mayo de 2012, dictada para proceder a la entrada y registro que dio lugar al expediente NUM001 , no reunía los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos para producir efectos legales válidos de acuerdo con lo establecido, entre



otras, en la STS de 10 de diciembre de 2014, asunto Unesa, recurso de casación nº 4201/2011 , a lo que añade una irregular aplicación de la doctrina del hallazgo casual.

Por lo que respecta a las irregularidades de la Orden de 29 de mayo de 2012, invoca el artículo 20.4 del Reglamento 1/2003, 18.2 CE, 13.3 del RD 261/2008 (RDC) y 40 de la LDC, por falta de motivación de la orden de investigación que no habría concretado el objeto y finalidad de la búsqueda y se expresa en términos vagos y generales.

Antes de entrar en el análisis de dicha Orden debemos recordar que ésta se dictó en un procedimiento distinto al que motiva estas actuaciones, pero es indudable que su ajuste legal determina la legalidad de las actuaciones que dan lugar a este procedimiento, razón por la que procede entrar en el análisis de las alegaciones de la recurrente.

TERCERO: Delimitado el objeto de la queja procede exponer las exigencias que la legislación y la jurisprudencia señalan al respecto.

La primera observación que debe realizarse sobre este extremo, es la de que la resolución recurrida ha aplicado como base legal de su decisión sancionatoria el artículo 101 del TFUE , norma de Derecho primario de la Unión, cuya primacía y consiguiente efectividad en lo que respecta a su contenido sustantivo debe garantizarse por todos los operadores jurídicos nacionales (STJUE de 6 de junio de 2013 Asunto Donau Chemie C-536/11 , apartados 21 y ss), siempre que se respete el derecho de defensa que asiste a las empresas investigadas y su personal.

En este sentido es importante destacar la doctrina que reitera la Sentencia del Tribunal General de 26 de octubre de 2010, asunto T-23/09 CNOP apartados 40 y 41, según la cual el Tribunal de Justicia también ha señalado que es importante salvaguardar el efecto útil de las inspecciones como instrumento necesario para permitir a la Comisión ejercer sus funciones de guardiana del Tratado en materia de Competencia.

Así, de esta forma señala que "teniendo en cuenta la naturaleza específica de las decisiones de inspección, la jurisprudencia en materia de motivación ha enumerado el tipo de informaciones que debe contener una decisión de inspección con el fin de permitir que los destinatarios ejerzan su derecho de defensa en esa fase del procedimiento administrativo previo. A este respecto, imponer a la Comisión una obligación de motivación más gravosa no tendría debidamente en cuenta el carácter preliminar de la inspección, cuya finalidad es precisamente permitir que la Comisión determine en una fase posterior si las infracciones al Derecho de la competencia comunitario han sido cometidas, en su caso, por los destinatarios de una decisión de inspección o por terceros".

Desde estas premisas, el Tribunal General rechazó la tesis de los recurrentes en ese caso, plasmada en el apartado 28, que pretendían que las órdenes de entrada en las sedes de las empresas debían tener el mismo nivel de protección que las entradas en domicilios particulares. En este mismo sentido de rechazo, las SSTEDH Niemitz de 16 de diciembre de 1992 y Bernh Larsen de 14 de marzo de 2013 .

Por otra parte, debe recordarse que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 del TUE , todos los poderes públicos nacionales deberán interpretar el precepto referido con arreglo a la jurisprudencia del TJUE. De este modo, la aplicación del Derecho de la Unión será uniforme en todo su territorio, debiendo tenerse en cuenta en relación con el ámbito de protección de los derechos fundamentales, la doctrina de la STJUE de 26 de febrero de 2013, asunto C- 399/11 , Melloni, apartados 59 y ss.

Así, la invocación por un Estado miembro de las disposiciones del Derecho nacional, no puede afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio de ese Estado. Además, frente a la aplicación uniforme del Derecho de la Unión respetuosa con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, no puede oponerse una interpretación nacional de los derechos fundamentales en juego constitucionalmente reconocidos a nivel interno, que sea de carácter más protector que el establecido por los órganos de la Unión.

Finalmente debemos citar la sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de junio de 2015, asunto C-583/13 P, Deutsche Bahn, apartados 18 a 36, confirmatoria en este punto de la dictada por el Tribunal General el 6 de septiembre de 2013 recurso T- 289/11 y la STJUE de 25 de junio de 2014, asunto C-37/13 , Nexans, que constituyen los pronunciamientos más recientes del Tribunal de Justicia sobre la materia enjuiciada, que por lo esencial reiteran la doctrina anterior.

De su doctrina podemos destacar, a los efectos analizados, los siguientes extremos:

1. La protección del derecho a la inviolabilidad del domicilio prevista en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), puede extenderse a los locales comerciales y sedes sociales de empresas pero en estos casos la injerencia pública puede ir más lejos que en otros supuestos.



2. La protección frente a injerencias arbitrarias de los poderes públicos requiere un marco legal y unos límites estrictos, estimando adecuadas las cinco garantías que estableció el Tribunal General en la Sentencia de instancia en el asunto Deutsche Bahn: a) motivación de la decisión de inspección, b) límites impuestos a la Comisión durante el desarrollo de la inspección, c) imposibilidad de que la Comisión imponga la inspección por la fuerza, d) intervención de las autoridades nacionales y e) la existencia de vías de recurso a posteriori.

3. El Tribunal de Justicia asume plenamente la doctrina de la STEDH de 16 de abril de 2002, asunto Colas Est v. Francia. En el apartado 49 de ese caso, el TEDH subrayó que para evaluar la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, hay que tomar en consideración todas las circunstancias que concurrieron en la entrada domiciliaria, como las facultades de que gozaba la inspección, las garantías ofrecidas al investigado, y fundamentalmente la existencia de un control judicial pleno a posteriori. En el mismo sentido se pronunció el Abogado General Sr. Wahl en sus conclusiones ante el Tribunal de Justicia en el asunto Deutsche Bahn, apartado 34.

Es importante reiterar que la Sentencia del Tribunal de Justicia declara la adecuación del sistema de inspecciones que realiza la Comisión Europea con apoyo legal en el artículo 20.4 del Reglamento 1/2003 y no se refiere de forma directa, por lo tanto, a las actuaciones de las Autoridades Nacionales de Competencia, que en estas materias procedimentales gozan de autonomía, como se indica en el artículo 5 del citado Reglamento, siempre que su actuación no contravenga los principios del Derecho de la Unión, especialmente los de efectividad y equivalencia. (STJUE de 26 de octubre de 2006 asunto C-168/05, Mostaza Claro, apartado 21, el considerando 5 del Reglamento 1/2003, y reiterada jurisprudencia como la STJUE de 18 de junio de 2013, asunto C- 681/11).

CUARTO: En cuanto a la suficiencia de la motivación y justificación de la orden de investigación y de acuerdo con la jurisprudencia citada, debemos precisar lo siguiente:

La CNMC está obligada a indicar las hipótesis y presunciones que pretende comprobar.

Para entender cumplida esta obligación, la orden deberá cumplir unos requisitos de doble naturaleza:

Por una parte y desde un punto de vista formal, deberá completar las indicaciones previstas en el artículo 13.3 del RD 261/2008 de 22 de febrero por el que se aprobó el Reglamento de Defensa de la Competencia, esto es: debe indicar el objeto y la finalidad de la inspección, los sujetos investigados, los datos, documentos, operaciones, informaciones y otros elementos que hayan de ser objeto de la inspección, la fecha en la que la inspección vaya a practicarse y el alcance de la misma.

La autorización escrita incluirá, asimismo, las sanciones previstas en la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia, para el caso de que las empresas no se sometan a las inspecciones ni obstruyan por cualquier medio la labor de inspección de la entonces Comisión Nacional de la Competencia. También deberá indicar los recursos que procedan contra la misma.

Por otra parte, ya desde un plano material y para garantizar el derecho de oposición de la entidad investigada, deberá describir las características básicas de la infracción en cuestión identificando el mercado de referencia, los sectores afectados por la investigación y la naturaleza de las presuntas infracciones.

En definitiva, la empresa investigada debe estar en posición de saber lo que se busca y los datos que deben ser verificados.

De lo expuesto no se deduce que la CNMC deba trasladar al investigado todos los datos que están a su disposición, ni tampoco debe realizar una calificación precisa de las conductas investigadas, pues conserva un margen de apreciación suficiente para garantizar la confidencialidad de informaciones que estén en su poder y planificar su actuación.

No debe olvidarse que la finalidad de las inspecciones es conseguir pruebas, lo que significa que a falta de éstas no puede exigirse a la CNMC que actúe con el mismo rigor de motivación que cuando impone la sanción.

En el presente caso, la Orden de investigación cumple con las exigencias mencionadas y ello puede comprobarse haciendo una lectura en paralelo de la Sentencia del Tribunal General de 26 de noviembre de 2014, asunto T-272/12, apartados 66 a 82, especialmente el 75. Esta sentencia precisa la información que debe transmitirse al sujeto inspeccionado para que la Inspección deba reputarse como válida y éste comprenda el alcance de su deber de colaboración.

En efecto, en la Orden de Investigación constan todas las indicaciones formales exigidas que permiten conocer lo que la CNMC buscaba y su fundamento.

En particular, se indicó el objeto y la finalidad de la inspección (verificar la existencia de posibles prácticas anticompetitivas consistentes en el reparto de los contratos licitados por centros sanitarios públicos o



privados con la finalidad de repartirse el mercado y la fijación de precios y condiciones comerciales) y los sujetos investigados (Isma 2000 SL); se estableció una relación general de los documentos objeto de inspección (libros y otros documentos relacionados en el artículo 27.1 de la Ley 3/2013 de creación de la CNMC), y a continuación se precisaron con más detalle los documentos y soportes que debían ser visionados en el contexto en el que se encuentran (registro de comunicaciones internas y externas, agendas físicas y electrónicas de los miembros de la empresa, archivos físicos e informáticos, ordenadores personales, libros de actas y documentos contractuales). Se procedió de forma inmediata a realizar la inspección en los días 6 y 7 de junio siguiente, y se fijó su alcance (recabar datos para proceder a la persecución de las conductas anticompetitivas), así como las sanciones para el caso de negativa a cooperar.

La descripción de los documentos a los que solicita el acceso está redactada con una fórmula ciertamente amplia, pero inmediatamente matizada cuando indica que se refiere al contexto objeto de investigación, por lo que la estimamos correcta.

Desde un punto de vista material se define un mercado de producto concreto como es el mercado de recogida, transporte y tratamiento de residuos, tanto sanitarios como de otro tipo. También se define el mercado geográfico, señalando a tal efecto las Islas Baleares y su posible proyección nacional. En ambos casos, las definiciones son precisas y suficientes.

Se describe la naturaleza de las conductas presuntamente infractoras y sus características como prácticas anticompetitivas, consistentes en acuerdos para la fijación de precios y condiciones comerciales. Son descripciones claras y suficientes en este estado inicial de la investigación, en el que la razón de ser de la orden de entrada es justamente recabar pruebas al respecto, pues según consta se trata de una asociación a la que están afiliadas las empresas que fabrican y comercializan pallets de madera.

Ciertamente no puede predicarse la misma concreción de la petición de investigación vinculada a "tratamientos de residuos de otro tipo", extremo que por su vaguedad no puede aceptarse, por lo que la validación de la actuación inspectora se reduce a las otras conductas, claramente referidas, que integran tipos sancionadores sobre cuya concreción nadie ha planteado cuestión alguna.

Esta circunstancia tiene una particular relevancia en este caso, pues, ciertamente la entrada domiciliar se acuerda para recabar pruebas sobre un tipo específico de residuos, que es distinto del que da lugar a las presentes actuaciones y podría considerarse que la extrema vaguedad de la fórmula empleada por la autoridad de competencia, "tratamientos de residuos de otro tipo", no amparaba la utilización del material probatorio con el que se sanciona a la recurrente. Como veremos en el FJ siguiente, esta circunstancia, en realidad, carece de la relevancia que la recurrente le otorga pues, obviando el debate sobre la eventual integración de los residuos de papel cartón en el marco de los residuos sanitarios que propone la resolución impugnada, en este caso resulta de aplicación la doctrina del hallazgo casual.

De forma expresa en la Orden de investigación se indica que los indicios probatorios con los que contaba la autoridad de competencia para dictarla provenían de una denuncia formulada por la mercantil Adamo SL contra la recurrente, a la que acusa de haber pactado el mercado de recogida de residuos sanitarios. Además, la CNMC contaba con las actuaciones preliminares de verificación recabadas en el seno de la información reservada que se incoó como consecuencia de la denuncia, por lo que no puede concluirse que la inspección tuvo un carácter aleatorio y que se practicó sin base alguna.

Del examen conjunto de los elementos expuestos puede deducirse con facilidad lo que la CNMC buscaba y los datos que deben ser verificados: rastros documentales probatorios de la existencia y ejecución de acuerdos para la fijación de precios y fijación de condiciones comerciales en el mercado definido, todo ello sobre la base de información indiciaria al respecto que la CNMC manifiesta poseer y que no está obligada a mostrar en esta fase del procedimiento.

El TS en la STS de 16 de enero de 2015, recurso de casación nº 5447/11 FJ 2, se pronunció ante una orden de Investigación de características idénticas a las del presente caso, declarándola ajustada a derecho, si bien censurando el carácter un tanto general de su redacción, crítica que igualmente compartimos, pero que no implica su declaración de invalidez.

La STS de 21 de octubre de 2015, recurso de casación nº 1306/13, FJ 4, analiza el contenido de una Orden de Investigación que, a pesar de pronunciarse aún en términos más genéricos, el TS termina validándola.

Más recientemente, la STS de 31 de octubre de 2017, recurso nº 1062/2017, en su FJ 6, concluye que en el caso que fue objeto de enjuiciamiento en ese recurso, la fundamentación de la orden de investigación era insuficiente para justificar la inmisión de los agentes de la CNMC en el domicilio de la empresa investigada.



Tras describir las menciones formales de la misma y el derecho supuestamente infringido, la sentencia se centra en el aspecto sustantivo de la motivación de la orden y lo transcribe, subrayando que obliga a la empresa investigada a que «se someta a la inspección por su posible participación en acuerdos y/o prácticas concertadas anticompetitivas que suponen una violación del artículo 1.1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE, en el mercado de la fabricación y suministro de sistemas de electrificación y equipos electromecánicos en líneas ferroviarias, incluyendo los sistemas de señalización, seguridad y comunicaciones ferroviarias, tanto para la red de alta velocidad (AVE) como para la red de ferrocarril convencional, respecto de licitaciones que abarcan la redacción de proyectos, ejecución de la obra, fabricación, suministro, instalación, reparación, mantenimiento y mejora de dichos sistemas y equipos, cuyo objeto sería la manipulación y el reparto de las licitaciones convocadas por clientes públicos y/o privados en dicho mercado».

Igualmente se ordena a la empresa SEMI, «que permita al personal autorizado por la Dirección de Competencia de la CNMC realizar la inspección, de acuerdo con las facultades indicadas en el artículo 27 de la LCNMC».

EL TS concluye en el FJ 6 de su sentencia que:

"La orden de investigación que nos ocupa no contiene en sí misma las especificaciones básicas sobre el objeto y finalidad de la inspección respecto a la sociedad afectada, expresión que, a los efectos aquí debatidos, incluye la necesaria mención a algún elemento que venga a vincular a la sociedad afectada con los hechos objeto de investigación y que justifique la autorización de entrada.

Con arreglo a nuestra jurisprudencia, la entrada domiciliaria ha de estar suficientemente fundada y entre los elementos que han de valorarse para la correspondiente ponderación judicial, se encuentra, aún con un carácter mínimo, la exposición de algún elemento de conexión entre la sociedad titular del derecho fundamental y el objeto en el que se centra la investigación de la Comisión...

...En fin, ni la solicitud de autorización de entrada ni la orden de investigación incorporaban el indicado elemento básico referente a su objeto que hubiera permitido al Juez excluir su carácter arbitrario. Ciertamente los términos en los que está redactada la orden de investigación son muy generales y no incorporan la información necesaria con arreglo a los parámetros establecidos en el artículo 13. 3 del Reglamento de Defensa de la Competencia y la jurisprudencia al no motivar de forma debida el objeto, la finalidad y alcance de la Inspección".

Por esa razón, la sentencia del Tribunal Supremo concluye que la orden de investigación no cumple con las exigencias jurisprudencialmente impuestas en relación con el derecho a la inviolabilidad del domicilio, lo que determina su nulidad, con las consecuencias que de ello se derivan.

En el presente caso apreciamos que las menciones contenidas en la Orden de investigación son lo suficientemente precisas para ajustarse a las exigencias de la sentencia referida, por lo que entendemos que la CNMC cumplió con la obligación de motivación exigida y debe desestimarse este motivo de recurso.

QUINTO: La recurrente señala que, en todo caso, la resolución recurrida no aplicó correctamente la doctrina del hallazgo casual que actuaría como paliativo de los defectos que imputa a la orden de investigación.

La STS de 6 de abril de 2016, recurso de casación nº 113/29013 FJ4, señala a estos efectos que "lo que determina la regularidad del registro y la posibilidad de utilización del material incautado viene determinado, en primer lugar, por la conformidad a derecho de la entrada en el domicilio y, en segundo lugar, por el objeto y finalidad de la investigación y el correcto desarrollo de la actuación de registro. Así pues, si una entrada y registro están debidamente autorizados por el correspondiente mandamiento judicial y si el registro y la incautación de documentación se producen de forma adecuada y proporcionada al objeto de la entrada y de la investigación, el material obtenido casualmente y ajeno al objeto de la investigación puede ser legítimamente empleado para una actuación sancionadora respecto de una actividad ilegal distinta a la que determinó la autorización judicial de entrada y registro, en el supuesto de que dicho material sea indiciario de una tal actuación ilegal y siempre que el procedimiento seguido con el mismo tras su hallazgo sea a su vez procedimentalmente adecuado.

Lo anterior debe ser acompañado de alguna precisión. Por un lado, no puede admitirse con carácter general la prevención que formula el Abogado del Estado de que en la práctica resulta inviable circunscribir la recogida de material al objeto de la investigación. Antes al contrario, debe hacerse hincapié, de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en que el desarrollo del registro debe tratar en todo momento de restringirse al objeto de la investigación autorizada, mediante la colaboración del personal de la empresa, si se presta a ello y, en todo caso, mediante una actuación proporcionada y encaminada a dicho objetivo. Ello no obsta, como es obvio, a que el registro y requisa de documentación se realice con toda la minuciosidad requerida, y no supone que sólo pueda ser intervenido el material previamente identificado o que en el propio momento del registro resulte plenamente acreditado que corresponde al objeto de la investigación, pues tal pretensión sí convertiría un registro en una actuación de muy compleja realización



y probablemente ineficaz en numerosas ocasiones. Pero lo que sí se requiere es que el registro y requisa de documentos estén encaminados al objeto de la investigación y que se realicen de forma proporcionada, excluyendo requisas generales e indiscriminadas de material o de aquello que manifiestamente sea ajeno a la investigación.

Dicho lo anterior también es preciso añadir una distinción en relación con el ámbito penal. En dicho ámbito el hallazgo casual de elementos que puedan posteriormente constituir cuerpo delictivo está afectado por lo general del carácter de flagrancia, lo que evita problemas en cuanto a la legitimidad de su requisa. Tal carácter resulta más improbable, aunque no imposible, en el caso de una investigación en materia del derecho de la competencia. Pero partiendo de una entrada y registro ajustada a derecho, esto es, autorizada judicialmente y realizada en términos proporcionales y adecuados, los datos o documentos que revelen o sean indiciarios de actuaciones ilícitas distintas a las que determinaron la investigación pueden ser legítimamente empleados por la Administración en una ulterior actuación sancionadora. Y ello bien porque en el examen del material requisado se encuentre accidentalmente elementos que constituyan indicios de otras actuaciones irregulares -como ocurrió en el supuesto de autos-, bien porque en el propio registro -desarrollado en los términos adecuados que ya se han indicado- el personal investigador se encuentre con material que prima facie sea revelador de actuaciones ilícitas.

.....

Digamos como conclusión, que la habilitación para la entrada y registro y la práctica del mismo en forma idónea y proporcionada, permite que un hallazgo casual pueda ser utilizado de forma legítima para una actuación sancionadora distinta, la cual habrá de ajustarse a las exigencias y requisitos comunes de toda actuación sancionadora y en la que la empresa afectada podrá ejercer su derecho de defensa en relación con las nuevas actividades investigadas".

SEXTO: La aplicación de la anterior doctrina a este caso nos conduce a la desestimación de este motivo de recurso. En efecto, como hemos visto el registro se desarrolló con plena normalidad y una vez que la CNC advirtió que determinada documentación se refería a conductas distintas, incoó una información reservada que dio lugar a un expediente sancionador diferente, que es el que motiva estas actuaciones y en el que se incorporó la documentación recabada en la inspección. Además, la recurrente pudo hacer alegaciones sobre estos hechos y datos, por lo que se han respetado las exigencias jurisprudenciales y legales. En este sentido cabe citar la STJCEE de 17 de octubre de 1989 asunto 85/87 Dow Benelux, apartado 19, invocada por la recurrente, de la que no se infiere como la misma pretende, que la autoridad de competencia esté obligada a realizar una nueva inspección o a solicitar de nuevo una copia de la documentación que ya obra en su poder, sin perjuicio de actividades de complemento de prueba que estime necesarias. Este criterio está ratificado por la STJUE de 18 de junio de 2015, asunto C- 583/13 , Deutsche Bahn, apartado 58.

La resolución recurrida, en sus apartados 4 y siguientes detalla las actuaciones de investigación adoptadas por la autoridad de competencia, referidas al funcionamiento de Uder en los mercados afectados en esta investigación (tipo de producto objeto de la recogida y suministro, listado de clientes, modo de facturación a sus socios...). De esta manera, su actuación se desarrolla en el marco de la jurisprudencia anotada.

Sin perjuicio de lo anterior, es cierto que la STJCEE de 15 de octubre de 2002, asunto C-238/99 y acumulados, Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM), apartado 306, señala que "la utilización directa a efectos de prueba, en un segundo procedimiento, de un documento obtenido en otro precedente le está prohibida (a la Comisión)".

No obstante, esta tajante afirmación debe interpretarse en el contexto de la jurisprudencia antes anotada, incluso posterior a la sentencia de referencia y entender que si hay una actividad complementaria de prueba, como ocurre en este caso, debe entenderse que no se han vulnerado el derecho de defensa de la recurrente, aunque se empleen directamente documentos incautados en la primera inspección.

En relación con la alegación de la recurrente respecto de la falta de dación de cuenta al juez que autorizó la inspección de la existencia de un hallazgo casual y de la incoación de un nuevo procedimiento, debemos precisar lo siguiente:

Es cierto que dicha cautela supone una garantía adicional a la actuación de la Administración, pero en un caso como el presente no puede acarrear consecuencias anulatorias, pues, de acuerdo con la jurisprudencia del TS (STS de 10 de diciembre de 2014, asunto Unesa), la legalidad de la actuación inspectora y una eventual transgresión del mandato de entrada, deben ser juzgadas por los Tribunales competentes para conocer de la impugnación del acto de la autoridad de competencia y no por el juez que autorizó la entrada, ni por el órgano revisor de su actuación. Dicho control se ha realizado por esta Sala, por lo que dicho argumento no puede tener una acogida favorable.



Finalmente, según consta en las actuaciones, la autoridad de competencia incorporó la documentación que permitió el inicio de la inspección en la sede de Isma y su resultado, basada en indicios que en lo sustancial derivan de la denuncia presentada por la mercantil Adalmo SL tal y como se indica en la orden de investigación (folio 4029 del expediente), por lo que tampoco por este motivo se ha causado indefensión a la recurrente, dando respuesta a sus alegaciones solicitando la admisión y práctica de prueba en sede administrativa.

SÉPTIMO: En cuanto al fondo del asunto, toda la argumentación de la recurrente se centra en destacar la faceta procompetitiva de Uder, de la que la recurrente es socia fundadora, negando que realizara prácticas anticompetitivas. A continuación subraya que en todo caso concurren los requisitos exigidos para inaplicar en este caso las normas que sancionan las conductas colusorias (artículo 1.3 de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia), tomando como base las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, que afectan tanto a competidores como a no competidores, 2011/C 11/01.

Sin perjuicio de admitir que, considerado en abstracto, la cooperación horizontal entre empresas de ámbito local y con poca capacidad económica por comparación con los competidores con más recursos que desarrollan la misma actividad en un ámbito nacional, es una práctica que puede ser procompetitiva y encajar en las exenciones del artículo 1.3 de la LDC , lo cierto es que en este caso concurren circunstancias que impiden la aplicación de dicha exención.

Recuerda la Comunicación de la Comisión en su apartado 3, que los acuerdos de cooperación horizontal pueden plantear problemas de competencia. Así ocurre, por ejemplo, cuando las partes acuerdan fijar los precios o la producción o repartirse los mercados, o cuando la cooperación permite a las partes mantener, mejorar o aumentar su poder de mercado y sea probable que ello cause efectos negativos sobre los precios, la producción, la innovación o la variedad y calidad de los productos.

En este contexto, los problemas que se plantean desde la óptica de la libre competencia en relación a la mercantil recurrente se refieren a la pérdida de su independencia a la hora de tomar sus decisiones de gobierno económico, debido a su implicación en las reuniones del denominado "El Club" y posteriormente en Uder, en cuyo seno se intercambiaba información comercialmente sensible, con el resultado de producir un reparto del mercado con precios y tasas de producción fijadas de antemano, al tiempo que se establecieron mecanismos de sanción para el caso de incumplimiento de los acuerdos adoptados en dichas reuniones.

Uder refleja exclusivamente la voluntad de los socios y no tiene autonomía para tomar sus decisiones. La transparencia entre Uder y sus socios es total y este dato será esencial para la suerte de este recurso.

La concurrencia de estas circunstancias sin que se aprecien beneficios para los consumidores y muy singularmente, el establecimiento de mecanismos de sanción, unido al hecho de que los miembros de Uder y el Club eran competidores o potenciales competidores, no permite aceptar las tesis de la recurrente, socia fundadora de Uder y del Club.

La resolución recurrida contó con pruebas suficientes para justificar la imposición de la sanción, de las cuales pasamos a realizar un análisis crítico.

Destaca en primer lugar el folio 1718 que contiene un correo electrónico de 23 de junio de 2008, dirigido por D. Darío , director general de uno de los socios de Uder a los miembros del Club. La recurrente figura como destinataria del mismo y en el que muy claramente se ponen de manifiesto los aspectos anticompetitivos de dicha organización, que coexiste con Uder.

Afirmaciones que figuran en el mismo como que "formar parte del Club implicaba intrínsecamente un pacto de no agresión entre sus miembros", o que "la mayoría de los miembros opinaba que la mesa debería intervenir, cuando se diera un caso de incumplimiento" y en un supuesto planteado se debatió la expulsión temporal por seis meses de un incumplidor, como medida ejemplarizante y que representaría una tregua para los demás socios.

Ese no es el contexto en que se desarrolla el artículo 1.3 de la LDC , sino más bien el de una práctica cartelista, sin que las alegaciones de la recurrente en el sentido de que la eventual expulsión le era ajena y no tuvo participación en ella pueda ser aceptada, pues fue destinataria de dicho correo electrónico y tenía por lo tanto pleno conocimiento de unas prácticas reiteradas, según el mismo correo, sin que conste su separación expresa de dicho grupo.

Por otra parte, el correo electrónico de 6 de mayo de 2008 remitido por Uder a sus socios (Folio 1694), entre los que figura como destinatario la mercantil recurrente, pone de manifiesto en el apartado "temas tratados" las aportaciones de los socios cantidades y los precios que debían fijarse en relación a determinados contratos,



que pone de manifiesto que necesidad de que los socios aporten individualmente para cada contrato la intervención de cada uno de ellos.

A ello se une el total intercambio de información comercial sensible entre ellos (folio 765). Las ofertas de los socios remitidas al Director General de Uder son transmitidas a los demás socios, práctica innecesaria y que elimina la transparencia entre empresas que a nivel local son competidoras.

Este dato tiene, en nuestra opinión, particular relevancia porque pone de manifiesto la absoluta transparencia en la gestión de Uder que no opera como una central de ventas sino como una gestora del cártel.

La infracción de la normativa de competencia es grave y clara, lo que determina la inaplicación de la doctrina de las restricciones accesorias que parte del presupuesto de la licitud del acuerdo inicial.

OCTAVO: En el mercado de recuperación de papel y cartón, observamos que la actuación de los socios y de Uder está regida por el denominado "Procedimiento de adjudicación de servicios de producciones directas de Uder" de fecha 4 de noviembre de 2008, (folio 696), que limita y precisa el ámbito de actuación de los socios en función del territorio y de la producción. En el supuesto de concurrir varios socios en un mismo territorio y en un radio de 30 Km respecto del generador, se establece un turno de adjudicaciones de los contratos, que impide a cada socio participar con una oferta diferente del otro y más competitiva.

Por otra parte, hay que subrayar que los precios se fijan de acuerdo con un escandallo consensuado por los socios. La facultad concedida a Uder de negociar un precio distinto con el cliente, incluso a pérdidas, no puede tener los efectos exculpatorios pretendidos, pues, como venimos insistiendo, no existe diferencia entre Uder y sus socios, que son los que toman las decisiones en Uder. El folio 765 es revelador en este sentido, pues contiene unas manifestaciones de otra de las empresas recurrentes en las que justamente se subraya la falta de independencia de Uder respecto de sus socios, situación que afecta directamente a la recurrente.

Por otra parte, se observa también que Uder actúa en el ámbito local, hecho expresamente admitido en la demanda, sin que la argumentación exculpatoria contenida en la misma puede servir a los fines pretendidos, dada la transparencia de Uder para con sus socios y el hecho de que éstos serían competidores.

La resolución recurrida, en su FJ sexto, apartado 6.2 relaciona una serie de relevantes contratos operados por Uder que se desarrollan en el ámbito local, lo que pone de manifiesto la debilidad del argumento que presenta a Uder como una central de ventas para actuar en el ámbito nacional.

NOVENO: En el mercado de comercialización de papel y cartón recuperado, Uder opera bajo el denominado "Procedimiento para la comercialización de materiales de 3 de julio de 2008, que establece los siguientes compromisos para sus socios, entre los que destacan la información que deben suministrar al Director General de Uder (y por extensión a los demás socios), de las cantidades, precios y calidades del papel que suministran y estableciendo procedimientos rígidos de adjudicación de los contratos, nuevamente en un contexto de identificación plena de Uder con sus socios. Un ejemplo de esta forma de actuar lo encontramos en el folio 778 del expediente que contiene un acta de una reunión de Uder celebrada el 3 de julio de 2009, o en el folio 729 relativo a una reunión de 2 de marzo de 2009.

En ninguno de los mercados descritos se ha acreditado que las prácticas restrictivas hayan generado beneficios para los consumidores y por otra parte, la creación de Uder no era indispensable para los fines pretendidos, pues existían fórmulas alternativas y habituales en el sector, como la subcontratación, tal y como destaca la resolución recurrida, datos que deben añadirse a los ya analizados para concluir que la práctica anticompetitiva sancionada, no podía acogerse al régimen del artículo 1.3 de la LDC, pues basta con que no concurra una de las condiciones que el mismo impone para que dicho régimen excepcional no sea aplicable.

En estas circunstancias, carecen de relevancia hechos como que los socios de Uder tengan un real poder de mercado inferior al 15% a nivel nacional, o que dicho mercado esté atomizado, o que los generadores tengan un gran poder de negociación.

Por las razones expuestas tampoco resulta de aplicación a este caso el Reglamento 1218/2010 sobre acuerdos de producción, ya que cuando Uder fija los precios, en realidad opera como una simple pantalla de sus socios, entre los que se encuentra la recurrente, que son los que forman la voluntad de Uder.

DÉCIMO: Resta por analizar el motivo de recurso formulado con carácter subsidiario respecto de la infracción de los artículos 63 y 64 que imputa a la resolución recurrida al haber justificado la imposición de la multa en la Comunicación de 6 de febrero de 2009 de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007 y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea, actuales 101 y 102 del TFUE.



De conformidad con la doctrina establecida en la STS de 29 de enero de 2015, recurso nº 2872/2013 , especialmente sus FFJJ 5 a 9, que ha sido ampliamente reiterada, la imposición de multas por la autoridad de competencia al amparo de la Comunicación de 9 de febrero de 2009, resulta contraria los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia resulta contraria a derecho y por lo tanto debe ser anulada.

En atención a lo expuesto, este motivo subsidiario de recurso debe prosperar y deben remitirse las actuaciones a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia para que proceda a una nueva cuantificación siguiendo las pautas establecidas en la STS de 29 de enero de 2015 citada.

UNDÉCIMO : De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA no procede imponer costas, a la vista de la estimación parcial del recurso.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente

FA LLO

Estimamos en parte el recurso interpuesto y en consecuencia confirmamos el acto impugnado, salvo en lo que respecta al cálculo para la imposición de la multa. Remítanse las actuaciones a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a dichos efectos. Sin costas.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su **no** tificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 02/07/2018 doy fe.