



Roj: **SAN 3904/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:3904**

Id Cendoj: **28079230062017100337**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **28/09/2017**

Nº de Recurso: **9/2015**

Nº de Resolución: **366/2017**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **JOSE GUERRERO ZAPLANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3904/2017,**
ATS 8072/2018,
STS 671/2019

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000009 / 2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00067/2015

Demandante: ALBA SERVICIOS VERDES S.A.

Procurador: D^a. ADELA CANO LANTERO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: RECUPERACIÓN DE PAPELES HERMANOS FERNANDEZ, S.A.

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

SENTENCIA N.º:

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 veintiocho de septiembre de dos mil diecisiete.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. **9/2015**, promovido por la Procuradora de los Tribunales D^a. ADELA CANO



LANTERO, en nombre y en representación de **ALBA SERVICIOS VERDES S.A.** , contra la Resolución de fecha 6 de Noviembre de 2014 dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/0430/12 (Recogida de Papel), incoado por la extinta Dirección de Investigación (DI), de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) en relación a 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 por expuestos en los Fundamentos de Derecho Cuarto, Quinto, Sexto y Séptimo de la Resolución y que impone, por lo que ahora interesa, a la empresa ALBA SERVICIOS VERDES una multa por importe de 577.795 euros e intimando a la empresa sancionada, como a todas las demás, a para que en el futuro se abstengan de realizar las prácticas sancionadas y cualesquiera otras de efecto equivalente.

Ha sido parte en autos la Administración demandada representada por el Abogado del Estado, e intervenido como codemandada la entidad RECUPERACIÓN DE PAPELES HERMANOS FERNÁNDEZ, S.A., representada por la Procuradora D^a. María José Bueno Ramirez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la ley, se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que entendió oportunos solicitó a la Sala que : se estime la demanda en su integridad y se declare la improcedencia y la nulidad o en su defecto la anulación de la Resolución objeto de recurso y de la infracción que se dice cometida y de la sanción impuesta. Subsidiariamente, que se acuerde la anulación de la resolución o la reducción sustancial de la multa y que se proceda a su cálculo por el Tribunal u ordenando que se proceda a un nuevo cálculo conforme a parámetros legales y ello por las consideraciones de hecho y de derecho y jurisprudencia que han quedado señaladas. Todo ello condenando en costas a la Administración .

SEGUNDO. - El Abogado del Estado contesta a la demanda mediante escrito en el que suplica se dicte sentencia por la que se desestime el recurso contencioso administrativo interpuesto.

TERCERO. - No habiéndose solicitado más prueba que la reproducción del expediente administrativo y tras el trámite de conclusiones escritas, se declararon conclusas las presentes actuaciones y quedaron pendientes para votación y fallo.

CUARTO. - Para votación y fallo del presente proceso se señaló inicialmente para el día 13 de Septiembre, designándose ponente al Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Es objeto del presente recurso contencioso administrativo Resolución de fecha 6 de Noviembre de 2014 dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/0430/12 (Recogida de Papel), incoado por la extinta Dirección de Investigación (DI), de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) en relación a 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 por expuestos en los Fundamentos de Derecho Cuarto, Quinto, Sexto y Séptimo de la Resolución y que impone, por lo que ahora interesa, a la empresa ahora recurrente una multa por importe de 577.795 euros e intimando a la empresa sancionada, como a todas las demás, a para que en el futuro se abstengan de realizar las prácticas sancionadas y cualesquiera otras de efecto equivalente.

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

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



El artículo 101 del TFUE establece, en el mismo sentido, que: 1. Serán incompatibles con el mercado interior 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 interior y, en particular, los que consistan en:

- a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
- b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
- d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

SEGUNDO .- La resolución objeto de recurso parte de que, a los efectos del presente expediente, se considerará que son mercados de producto afectados:

El mercado de recuperación de residuos de papel y cartón; en esta fase los generadores de residuos actúan como oferentes y venden al mejor postor la recogida de los residuos.

El mercado de comercialización de papel y cartón recuperado, donde los recuperadores actúan como oferentes.

En cuanto al mercado geográfico, entiende la resolución que UDER surge en julio de 2007 con el objeto de que sus socios pudieran contar con una red de empresas gestoras de residuos que les permitiera la posibilidad de acceder a las licitaciones que algunos de los principales grupos generadores de residuos de papel y cartón (cadenas de supermercados y cadenas comerciales) convocan a nivel nacional. En lo que respecta al mercado de comercialización, se considera que se trata de un mercado de, como mínimo, dimensión nacional.

La creación de UDER como sociedad integradora de diversas empresas recuperadoras de papel y cartón tuvo su origen en las reuniones que un grupo de estas empresas recuperadoras que, bajo la denominación de Club, venían celebrando manteniendo contactos desde antes de 2007. El 17 de julio de 2007, tras diversos encuentros, las empresas recuperadoras constituyeron una sociedad limitada denominada UNION DE EMPRESAS DE RECUPERACION, S.L. (UDER).

Las nueve empresas que se mencionan determinaron el objeto social de UDER, definido como la actividad de industria y comercio de cualquier material que sea susceptible de reciclaje así como los servicios, consultoría y asesoramiento en cualquier área del sector de la recuperación. Asimismo las empresas adoptaron un acuerdo parasocial (folios 561 a 593), donde se especifica que la creación de UDER supone una limitación de la actividad de los socios en favor de UDER, ya que se reservan a la nueva empresa las licitaciones que tengan carácter nacional o supra autonómico (de más de tres CCAA), si bien cada socio conserva un derecho que permite vetar que UDER acuda a este tipo de licitaciones. Igualmente el mencionado pacto parasocial recoge una limitación a la venta de una participación en UDER (Cláusula 5 del pacto parasocial) que obliga a contar con el 75% de los votos favorables del Consejo de Administración para ejecutarla (folios 585 a 588). Posteriormente, se amplió el accionariado a otras empresas.

La resolución impugnada pone de manifiesto los problemas de coordinación que se produjeron entre los socios y el propio UDER para lo que establecieron diversos mecanismos de coordinación y que eran los siguientes:

PROTOCOLO DE COMERCIALIZACIÓN Y PUESTA A DISPOSICIÓN DE UN VOLUMEN FIJO DE RESIDUOS.

En un principio UDER, como empresa comercializadora de residuos de papel y cartón, atendía las necesidades concretas de sus clientes según la disponibilidad de material que tuvieran sus socios, ya que UDER nunca ha llegado a realizar de forma directa actividades de recuperación. Sin embargo, este sistema no resultaba operativo de cara a la adopción de acuerdos de comercialización de papel y cartón recuperado con fabricantes de papel.

En el Consejo de Administración de 5 de mayo de 2008 el Director General de UDER expuso esta problemática a sus socios, llegándose al acuerdo de que, a partir de ese momento, los socios remitirían al Director General de UDER un cuestionario en el que se incluiría una columna con la disponibilidad de material que cada socio pueda aportar para su comercialización por UDER. Junto a la cantidad de material a aportar cada socio consignaría también en el cuestionario el precio del mismo (folio 622).

El protocolo para la comercialización de papel y cartón recuperado por parte de UDER y la puesta a disposición de dicho material por parte de sus socios quedó acordado en el Consejo de 3 de julio de 2008, con la denominación de Procedimiento para la comercialización de materiales (folios 686 a 689). Las características principales del procedimiento son las siguientes:

- 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.
- 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.
- 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.
- 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.

Surgieron divergencias entre los socios ante la eventualidad de que UDER tuviera que incrementar el suministro a dos fabricantes de papel y que los socios no dispusieran de esa cantidad. Para ese supuesto se adoptaron los siguientes acuerdos por unanimidad:

- Cuando se apruebe un incremento de suministro con el cliente, se invitará a suministrarlo a aquellos que menos tonelaje vinieran suministrando hasta ese momento.
- Cuando un socio perdiera producciones o no tuviera interés en continuar con el suministro, lo pondrá a disposición de otros socios.
- Si existiera algún incremento puntual de cantidades que deben suministrarse, de nuevo se ofrecerá al socio o socios que aporten menor tonelaje.

PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN DE SERVICIOS DE RECUPERACIÓN DE PAPEL Y CARTÓN DERIVADOS DE ACUERDOS FIRMADOS POR UDER.

Dado que UDER carece de medios propios para realizar la tarea de recuperación de papel y cartón debe recurrir a sus socios para realizar esta prestación de servicios. Por ello los servicios de recuperación se reparten 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 (folios 696 a 699).

El sistema se basa en adjudicar el contrato de recuperación de papel y cartón firmado por UDER al socio cuyo almacén se encuentre en un radio inferior a 30 kms del generador. En caso de que varios socios tengan sede o delegación dentro del citado radio, la asignación del contrato se efectuará por sorteo, siendo la ejecución rotativa con carácter anual.

En todos los contratos firmados entre UDER y los generadores de residuos de papel y cartón que han sido examinados 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.

Así, los contratos firmados entre UDER y los generadores de residuos tienen dos componentes:

El socio presta el servicio de recuperación al generador y recibe una contraprestación por este servicio. El socio entrega estas cantidades a UDER. UDER paga al generador por el material recuperado.

El generador de residuos paga por alquiler de equipo, recogida y depósito del material.

UNIFICACIÓN DE TARIFAS

Al objeto de establecer estas tarifas unitarias para cada Comunidad Autónoma UDER procedió a elaborar un escandallo de costes que fue finalmente aprobado en noviembre de 2008 (véase el documento Instrucción para realizar el escandallo de costos en los folios 700 a 701). De acuerdo con este sistema los socios deben remitir periódicamente a UDER los costes a tener en cuenta a la hora de prestar un servicio (kms, trabajadores, alquiler de contenedores,...) a partir de los cuales se acuerda un precio medio de cada concepto a aplicar por los socios.

Ante los incumplimientos de los propios socios, se modificó el procedimiento de modo que se obliga a los socios a respetar la oferta pactada por UDER, y también a respetar el material puesto a disposición de las tiendas incluidas en los contratos, que deben cuidar al máximo.

Finalmente, en octubre de 2012, se acordó el procedimiento de actuación de contratos por adjudicaciones directas de UDER que regula una participación más activa y responsable de los socios adjudicatarios en la prestación de los servicios contratados (folios 977 y 978).

FACTURACIÓN POR UDER DEL PAPEL RECUPERADO COMERCIALIZADO Y FINANCIADO POR LA ENTIDAD

Tras un procedimiento inicial que no duró mucho en el tiempo, se acordó que la financiación de la compañía, se realizara a través de aportaciones directas e igualitarias por parte de los Socios, de acuerdo, con el presupuesto aprobado para el año concreto. Igualmente se acordó que UDER percibiera un 2% de la facturación del papel y cartón recuperado y comercializado por UDER (folio 673). El importe correspondiente se facturaría a mes vencido, directamente al socio o socios adjudicatarios del servicio concreto.

EL CLUB

UDER tiene su origen en las reuniones de un grupo de empresas activas en los mercados de recuperación de papel y cartón que, bajo la denominación de Club, venían reuniéndose y manteniendo contactos desde antes de 2007.

Aunque el 17 de julio de 2007 las empresas recuperadoras constituyeron una sociedad limitada denominada UDER, una vez constituida UDER, el Club no desapareció sino que continuó reuniéndose con carácter previo a las reuniones del Consejo de Administración de la nueva empresa (folios 1694 y 1696). Los principios en los que se inspira el Club aparecen reflejados en varios correos electrónicos incluidos en el expediente y son, básicamente, el pacto de no agresión entre los miembros, la resolución interna de conflictos y la posibilidad de expulsión de socios ante diversos incumplimientos.

CONTRATOS CON GENERADORES DE RESIDUOS

La resolución expone como UDER tenía diversos proveedores de papel y en las actas del Consejo de Administración incluidas en el expediente, generalmente, el Director General de UDER exponía ante dicho Consejo las posibilidades de contratación existentes con diferentes empresas generadoras de residuos.

Se detalla como el primer contrato fue con SGEL y, posteriormente, con WORTEN

CONTRATOS DE FABRICACIÓN DE PAPEL

En el mercado de la comercialización de papel y cartón recuperado UDER tiene firmados contratos con PAPRESA (folios 1653-1663) y SMURFIT (folios 1637-1651). Para cumplir sus compromisos, UDER coordina a los socios para que entreguen a UDER las cantidades acordadas de antemano para que sea la entidad conjunta la que las comercialice.

En la resolución se detallan los mecanismos empleados en cada momento para garantizar las entregas de papel que requería cada contrato con los fabricantes.

La resolución recurrida, en su **fundamento Quinto** menciona las alegaciones relativas a los **hechos** que se tienen por acreditados y rechaza los argumentos empleados por las empresas que fueron objeto de investigación:

En relación al argumento de que *la imputación está basada en indicios* por entender que se ha dado excesiva importancia al Club

La Sala de Competencia entiende que en relación con la acreditación de la existencia del Club y su operativa tras la constitución de UDER, aparece reflejada en varios correos electrónicos (que se mencionan) y que la existencia del Club y los pactos intrínsecos a él, como el pacto de no agresión entre los miembros, su uso como mecanismo de resolución de diferencias entre los socios, y como mecanismo sancionador en caso de incumplimientos, aparecen explícitamente en los mencionados correos electrónicos por lo que constituye un hecho acreditado. También entiende que, salvo VANPAC, todas las demás empresas aparecen como destinatarios de los correos electrónicos por lo que la no participación directa en el club no es razón para exonerarlos de esta imputación.

Entiende que los socios recurrían al intercambio de información para evitar cualquier caso de discrepancia. Prueba de esta compartición de información es que se comparten entre todos los socios y el DG de UDER las negociaciones y ofertas que los socios interesados están dispuestos a proporcionar.

Por lo que se refiere al argumento de las empresas posteriormente sancionadas sobre la Inexistencia de coordinación, / a resolución entiende que UDER no actúa de forma independiente a la hora de establecer los precios, ya que primero se nutre de la información de costes aportada por los socios para después reunirse con los socios afectados, sin olvidar que son competidores geográficos, para acordar el escandallo a nivel



regional. En definitiva, los socios participan activamente en la determinación del precio que es fijado no sólo por UDER sino por los socios que actúan coordinadamente.

Por lo que se refiere a la inexistencia de reparto de mercado, la resolución parte de lo consignado en el procedimiento de adjudicación (folios 696 a 699) donde se habla de que 6. VARIOS SOCIOS EN LA ZONA CONCRETA : Cuando existieran varios socios, en la zona donde se tuviera que gestionar los servicios de un contrato o acuerdo y todos o varios de ellos, estuvieran interesados en la adjudicación del mismo, se realizará la misma por sorteo entre ellos, siendo posteriormente rotativa anualmente, en su caso, la citada adjudicación.

Entiende la resolución que esta asignación de contratos supone la supresión de la competencia en el mercado entre los socios de UDER por un procedimiento de reparto de los mismos ajeno a las reglas de la libre concurrencia lo que permite mejores condiciones de contratación para los socios de UDER en detrimento de los clientes.

En cuanto a la supuesta inexistencia de intercambio de información (que es negada por los socios de UDER por entender que responden a razones de funcionamiento de UDER y que son muy infrecuentes y que su conocimiento no produce ningún resultado colusorio); la resolución considera que no es aceptable la justificación en la necesidad de la información para que UDER opere en el mercado, por un lado, los socios participan e intercambian información comercial sensible y más de lo necesario para constituir una central de ventas.

Los socios a través de las actas conocen tanto los suministros de cada socio como sus incumplimientos respecto de las cantidades que deben aportar así como los precios a los que comercializa cada uno. Los intercambios de información y las soluciones ante incumplimientos, ponen en evidencia que UDER carece de capacidad operativa sin los socios que la utilizan con finalidades anticompetitivas como la supresión de competencia entre ellos o la fijación de precios.

La resolución dedica el **Fundamento Sexto** a las alegaciones relativas a la **valoración jurídica** :

Entiende la resolución que existen alternativas para luchar contra la principal competidora (que era SAICA) y que pasaba, fundamentalmente, por la subcontratación que era la forma habitual de acceder a los mercados locales cuando no están presentes en un determinado mercado.

Por lo que se refiere a la ausencia de competencia entre UDER y sus socios en el mismo mercado por considerar que UDER actúa en el mercado nacional donde compite contra grandes empresas por contratos que comprenden varias CCAA o la totalidad del territorio nacional, mientras que sus socios operan en una región o localidad concreta; la resolución afirma que tras analizar los contratos de UDER incorporados al expediente debe observarse que la mayoría de los mismos se desarrollan a nivel local o regional y detalla los contratos con SDF, ALDI, Leroy Merlin en relación a los que UDER solo controlaría alguna de sus plataformas.

En cuanto a si UDER disciplina la actuación de los socios en mercados locales, la resolución considera que la capacidad de UDER para lograr contratos nacionales queda en entredicho una vez analizados todos los contratos firmados, la mayoría de los cuales son a escala local o a lo sumo regional. Los mecanismos desarrollados dentro de UDER para la resolución de diferencias, como el Club, garantizan el reparto de contratos sin necesidad de competir entre ellos pudiendo beneficiarse de mayores precios. La resolución hace mención a determinados correos electrónicos de los que deduce que existe un pacto de no competencia.

Por lo que se refiere a la pretensión de exención por aplicación de lo previsto en el artículo 1.3 de la LDC cuando habla de que La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que:

- a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas.
- b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y
- c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

Entiende que no se ha producido una mejora en la gestión y administración y ello pues se ha acreditado la existencia de muchos problemas entre UDER y los socios y se ha acreditado que el Director General de UDER tuvo problemas para hacer cumplir sus directrices en relación a las empresas socias. También entiende que no se ha acreditado que los consumidores tengan una cuota en los beneficios por la creación de UDER ni que haya



supuesto una rebaja en los precios sino que la creación de UDER ha supuesto un incremento en los precios pagados por los fabricantes.

También se entiende que con UDER se han impuesto restricciones a la competencia que van más allá de lo necesario o indispensable y, en especial porque existen otras alternativas menos restrictivas a la competencia que el propio UDER.

En cuanto a cual sea la cuota de mercado de UDER y sus socios en los mercados relevantes, entiende que la creación de UDER ha provocado beneficios no solo a través de las cantidades comercializadas y canalizadas por UDER sino también otras surgidas a partir de la creación de la sociedad el cálculo de la cuota de mercado de UDER no alcanza la relevancia pretendida por las partes ya que los acuerdos entre los socios se consideran restricciones especialmente graves al realizarse entre competidores (párrafo 11 de la Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia (C 368/13). Pero, incluso si no se tuviera en cuenta la grave naturaleza de estas restricciones, UDER tampoco cumple con los umbrales de cuota de mercado para empresas competidoras establecido por Comunicación en un 10% ya que la cuota de UDER sigue siendo superior a ese límite en cualquiera de los cálculos expuestos.

Por lo que se refiere a la aplicación de las Directrices Horizontales, la resolución recuerda la aplicación del párrafo 238 cuando menciona que ...si el acuerdo reduce la independencia decisoria de una de las partes por lo que se refiere al acceso al mercado de otras, limitando sus incentivos para su entrada, es probable que produzca efectos restrictivos a la competencia.

A ello añade la resolución que la reducción de la independencia decisoria de las partes es lo que precisamente sucede en las conductas investigadas. Además, la actuación de UDER incumpliría también lo enunciado en el párrafo 3 de las mencionadas Directrices: 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

Es importante la conclusión que se recoge en el **FJ Séptimo** : De acuerdo con lo expuesto anteriormente, la Sala de Competencia considera que ha quedado acreditado que las empresas a las que hace referencia la presente resolución llevaron a cabo una infracción única y continuada prohibida en el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE , consistente en la actuación de forma concertada en los mercados de recuperación y comercialización de papel y cartón recuperado en España, de cara a repartir de forma explícita e implícita actividades y clientes, concertar precios y compartir recursos e información comercial sensible.

El Consejo estima que UDER se constituye como una entidad sin plenas funciones utilizada por los socios todos ellos recuperadores de papel y cartón para abastecerse de papel y cartón recuperado en mejores condiciones en precio y volumen que de forma individual y como una central comercializadora de estos materiales para que pudieran vender mayor volumen a mayor precio que en condiciones individualizadas. Para lograr estos objetivos, no se realizan inversiones significativas, sino que obtienen las ganancias a través de la coordinación entre los socios, lo que les permite adquirir el material a los generadores a menores precios, y concentrar las ventas en pocos fabricantes a los que les venden a mayores precios. La coordinación se realizada a través de los protocolos de adjudicación de producciones, de comercialización y el escandallo de costes. Los mecanismos de castigo y solución de diferencias se desarrollan en el Club.

En cuanto a los criterios para la imposición de la sanción, se parte de que, dada la fecha de la primera reunión del Consejo de Administración (Noviembre de 2007) debe entenderse que toda la infracción se ha cometido bajo la vigencia de la Ley 15/2007 y que se ha cometido desde entonces hasta la actualidad. En el FJ Octavo, se determinan los criterios que concluyen con la fijación de los importes de la multa frente a la que se recurre.

TERCERO.- En cuanto al fondo de la cuestión planteada, es necesario partir de que las alegaciones de la parte aquí recurrente coinciden en lo sustancial con las alegaciones de otros recursos que se han planteado ante esta misma Sección en relación a la misma resolución objeto de impugnación. La ágil gestión de estos procedimientos contencioso administrativos obliga a unificar la respuesta que se ofrece a cada uno de los recurrentes sin que ello afecte al principio de interdicción de la incongruencia omisiva.

Hay que partir de lo que señala el artículo 33.1 de la Ley 29/1998 Los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo juzgarán dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición.

Ahora bien en los supuestos en los que las cuestiones y alegaciones sean similares no resulta objetable remitirse a las argumentaciones realizadas en sentencias anteriores, no en caso de que no exista identidad de pretensiones y motivos. Así la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2009 señala en semejante



supuesto de recursos dirigidos contra la misma resolución administrativa, por sujetos que se encuentran en la misma posición procesal y que se fundan en cuestiones y alegaciones substancialmente semejantes, no resulta objetable recurrir al procedimiento adoptado por la Sala de instancia de recoger las principales conclusiones adoptadas en uno de tales recursos y hacerlas extensivas al otro recurso. Para que pudiera considerarse fundada la imputación de incongruencia omisiva y/o de falta de motivación suficiente la parte debería acreditar en términos específicos qué pretensión concreta y distinta a las referidas por la Sentencia que se recurre no ha sido respondida y qué alegación esencial para la decisión sobre tales pretensiones no fue rechazada expresa o implícitamente en la resumida respuesta ofrecida por la Sala juzgadora, cuyo desarrollo argumental se expone detalladamente en la Sentencia a la que se remite.

CUARTO.- Procede referirse, en primer lugar, a la supuesta nulidad basada en que la Orden de inicio de Procedimiento tenía vicios relativos a la obtención de documentación y ello por entender que *la documentación que dio origen al expediente procedía de otra inspección en relación con la recogida de residuos sanitarios y que no tenía nada que ver con la recogida de papel.*

El Tribunal Supremo ha tratado en varias ocasiones la teoría del hallazgo casual, referido precisamente, a supuestos como el presente; cabe citar en este sentido, entre otras, la sentencia dictada en el recurso 790/2016 donde se afirma que: En las Inspecciones domiciliarias se deben respetar dos exigencias principales: a) por una parte obtener el consentimiento del titular del domicilio para realizar en él la labor inspectora o en su caso obtener la autorización judicial b) que exista una habilitación legal que autorice la restricción a ese derecho fundamental regulado en el artículo 18.2 CE . En este caso y respecto a la materia de defensa de la competencia se establece en el artículo 40.1 de la Ley 15/2007 que regula la Defensa de la Competencia que El personal de la Comisión Nacional de la Competencia debidamente autorizado por el Director de Investigación tendrá la condición de agente de la autoridad y podrá realizar cuantas inspecciones sean necesarias en las empresas y asociaciones de empresa para la debida aplicación de esta Ley y el apartado 2 establece que El personal habilitado a tal fin tendrá las siguientes facultades de inspección a) Acceder a cualquier local, terreno y medio de transporte de las empresas y asociaciones de empresas y al domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas indicando en el párrafo final que el ejercicio de las facultades descritas en las letras a) y e) requerirá el previo consentimiento expreso del afectado o, en su defecto, la correspondiente autorización judicial.

El ejercicio de las facultades de Inspección está condicionado a que exista una orden de investigación que indique conforme al artículo 13.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008 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. En similares términos el artículo 20.4 del Reglamento 1/2003 señala lo siguiente: 4. Las empresas y asociaciones de empresas estarán obligadas a someterse a las inspecciones que la Comisión haya ordenado mediante decisión. La decisión indicará el objeto y la finalidad de la inspección, fijará la fecha en que dará comienzo y hará referencia a las sanciones previstas en el artículo 23 y en el artículo 24, así como al derecho a recurrir contra la decisión ante el Tribunal de Justicia.

La Jurisprudencia comunitaria ha precisado los elementos que debe contener la orden de investigación y ha precisado el contenido de los conceptos jurídicos indeterminados objeto y finalidad de Inspección que legitiman la misma. Así la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de 8 de marzo de 2007 France Télécom España asunto T- 339/04 señala lo siguiente:

58. La exigencia de que la Comisión indique el objeto y la finalidad de la inspección constituye una garantía fundamental del derecho de defensa de las empresas afectadas y, en consecuencia, el alcance de la obligación de motivar las decisiones de inspección no puede ser restringido en función de consideraciones relativas a la eficacia de la investigación. A este respecto hay que precisar que, si bien es cierto que la Comisión no está obligada a comunicar al destinatario de una decisión de inspección todas las informaciones de que dispone acerca de supuestas infracciones, ni a delimitar de modo preciso el mercado relevante, ni a efectuar una calificación jurídica rigurosa de dichas infracciones, ni a indicar el período durante el que se cometieron las mismas, sí debe, en cambio, señalar lo más claramente posible los indicios que pretende comprobar, a saber, qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la inspección (véanse, en relación con el Reglamento núm.17, las sentencias del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1989, Dow Benelux/Comisión, 85/87 , Rec. pg. 3137, apartado 10; Hoechst/Comisión, citada en el apartado 57 supra, apartado 41, y RoquetteFrères , citada en el apartado 29 supra, apartado 48).

59. Con esta finalidad, la Comisión también está obligada a exponer, en la decisión que ordena la inspección, una descripción de las características esenciales de la infracción objeto de sospecha, indicando el supuesto mercado de referencia y la naturaleza de las restricciones de competencia objeto de sospecha, explicaciones sobre la manera en la que se supone que la empresa objeto de inspección está implicada en la infracción,



qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la verificación, así como las facultades conferidas a los investigadores comunitarios (véanse, en relación con el Reglamento núm. 17, las sentencias del Tribunal de Justicia de 26 de junio de 1980, National Panasonic/Comisión, 136/79, Rec. pg. 2033, apartado 26, y Roquette Frères, citada en el apartado 29 supra, apartados 81, 83 y 99).

En este caso resulta que en el marco de la inspección en relación con el expediente S/0415/12 ABH-ISMA, la extinta DI de la 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 en las actividades de comercialización de estos residuos de papel.

Se consideró que dichas conductas eran distintas de las finalmente analizadas en aquel expediente S/0415/12 por lo que, la DI abrió una información reservada bajo la referencia S/0430/12 a la que se incorporó documentación en formato papel y en formato electrónico recabada en la inspección del expediente 415/2012 relativa a dichas infracciones.

Posteriormente, con fecha 17 de diciembre de 2012 se acordó la incoación del expediente sancionador S/0430/12, Recogida de Papel, por posibles conductas prohibidas por el artículo 1 de la LDC, consistentes en acuerdos para el intercambio de información comercial sensible y reparto y fijación de condiciones comerciales.

Esta Orden de incoación de expediente sancionador es clara al detallar su objeto (de acuerdos de intercambio de información comercial sensible, reparto y fijación de condiciones comerciales en el mercado de recogida, transporte y tratamiento de residuos de papel en España, así como en las actividades de comercialización de estos residuos de papel) y no oculta que proceda, en su origen, de la información localizada en el curso de la investigación de otro expediente diferente.

Por lo tanto, la actuación de la Administración en este punto no admite oposición y ello puesto que si bien el inicio de las actuaciones de investigación tuvieron su origen remoto en los documentos encontrados en otro expediente, una vez recogidos, se dio comienzo a las actuaciones inspectoras iniciando desde el principio un nuevo expediente con todas las garantías procesales para las partes posteriormente sancionadas.

En este sentido, procede referirse a lo dicho en la sentencia de esta Sala y Sección dictada con ocasión del recurso 4/2013 en donde nos referíamos a la sentencia del TG de 6 de septiembre de 2013 (asuntos T-289/11, T-290/11 y T-521/1, Deutsche Bahn AG y otros contra Comisión Europea), esta posibilidad de acceso e investigación exhaustiva de documentación empresarial por parte de los funcionarios de competencia durante una inspección domiciliaria no incide en los derechos de defensa de la empresa inspeccionada.

Dice la referida sentencia: 124 A continuación, procede recordar que el Tribunal de Justicia ha declarado ya que la información obtenida durante las inspecciones no debe utilizarse para fines distintos de los indicados en la decisión de inspección. En efecto, dicho requisito pretende preservar, además del secreto profesional, el derecho de defensa de las empresas. Este derecho resultaría gravemente dañado si la Comisión pudiese invocar contra las empresas pruebas obtenidas durante una inspección pero ajenas al objeto y a la finalidad de la misma (véase, con respecto al Reglamento nº 17, la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1989, Dow Benelux/Comisión, 85/87, Rec. p. 3137, apartado 18).

125 Sin embargo, no cabe deducir de ello que la Comisión tenga prohibido incoar un procedimiento de investigación a fin de verificar la exactitud de informaciones de las que tuvo conocimiento incidentalmente en una inspección anterior o de completar tales informaciones, en el supuesto de que las mismas indicasen la existencia de conductas contrarias a las normas sobre competencia del Tratado (véase, con respecto al Reglamento nº 17, la sentencia Dow Benelux/Comisión, apartado 124 supra, apartado 19)...

127 El hecho de que la Comisión haya obtenido por primera vez determinados documentos en un asunto concreto no confiere una protección tan absoluta como para impedir que dichos documentos puedan solicitarse legalmente y ser utilizados como prueba en otro procedimiento. En caso contrario, se incitaría a las empresas a proporcionar, durante una visita de inspección realizada en un primer asunto, todos los documentos que permitieran probar otra infracción, protegiéndose así frente a cualquier actuación al respecto. Esta solución iría más allá de lo necesario para preservar el secreto profesional y los derechos de defensa, por lo que constituiría un obstáculo injustificado al cumplimiento, por parte de la Comisión, de su misión de velar por la observancia de las normas sobre la competencia en el mercado común (sentencia de 20 de abril de 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij/Comisión, apartado 126 supra, apartado 477).

Pero es que dicha sentencia va mucho más allá cuando indica:



139..., procede subrayar, de entrada, que la Comisión puede registrar de manera exhaustiva el contenido de algunos despachos o archivadores, aun cuando nada indique claramente que allí se encuentran informaciones relativas al objeto de la investigación, cuando exista algún dato que incite a hacerlo. En efecto, como subraya con razón la Comisión, limitarse a entrar en locales o a examinar archivadores que tienen una clara relación con el objeto de la investigación entraña el riesgo de no lograr hallar ciertas pruebas importantes. Así, alega, tales pruebas podrían, estar disimuladas o referenciadas de forma incorrecta.

140 Además, la relación con el objeto de la investigación no siempre es fácil de identificar a primer a vista, y puede ocurrir que sólo un examen minucioso permita identificarla. Como subraya la Comisión, como sus agentes no siempre tienen un conocimiento técnico perfecto de la totalidad de los sectores afectados por la investigación, no siempre les resulta posible determinar de inmediato la pertinencia de un documento, de modo que realizan, necesariamente, una investigación relativamente amplia.

No se olvide, por último, y en contra de lo dicho por algunos recurrentes, que en la Orden de Investigación dictada en el procedimiento 415/2012 no se descartaba que hubiese prácticas contrarias a la competencia en otros ámbitos conexos al estrictamente investigado, lo que justifica que se iniciara otro expediente como el que dio lugar a la resolución frente a la que ahora se recurre y ello pues se hablaba de que La CNC dispone de información según la cual diversas empresas en el sector de la gestión de residuos sanitarios, habrían podido incurrir en prácticas anticompetitivas en los mercados de recogida, transporte y tratamiento de residuos sanitarios, cuyo objeto sería el reparto de mercado y la fijación de precios y de condiciones comerciales, que se podrían extender a otros mercados de recogida, transporte y tratamiento de residuos.

Lo que prohíbe la jurisprudencia del Tribunal Supremo citada por alguno de los recurrentes (STS de 27 de Febrero de 2015, Rec. 1292/2012) es que se utilice una Orden de investigación para investigar otras cuestiones diferentes a las que se recogían en la mencionada Orden; en el caso presente, tal cosa no ha ocurrido, lo que se ha hecho es iniciar un nuevo expediente (desde el principio) basándose en la documentación recogida en una investigación en la que ya se hablaba de la posibilidad de encontrar informaciones relativas a acuerdos relativos a otros mercados de recogida, transporte y tratamiento de otra clase de residuos no estrictamente sanitarios.

QUINTO.- El argumento fundamental de la parte recurrente se centra en considerar que las empresas socias de UDER trataron de organizar un sistema que les permitiría ampliar su ámbito de actuación permitiéndoles acceder a aquellos segmentos del mercado que les estaban vedados por su escasa entidad y que era el de los clientes que reclamaban los servicios de empresas capaces de atender sus necesidades de recogida y suministro de papel en todo el territorio nacional. Entiende que, por esta razón, las empresas que constituyen UDER no eran competencia entre sí (pues actúan cada una de ellas en un ámbito geográfico limitado) y tampoco eran competencia respecto de UDER, pues esta estaba destinada solo a los contratos con un ámbito geográfico mucho más amplio que aquel al que podían acceder las empresas que constituían UDER.

A la hora de valorar la realidad de este argumento, que se convierte en el centro de la pretensión anulatoria de la parte recurrente, es muy importante señalar que UDER carece de medios propios para realizar la tarea de recuperación de papel por lo que debe recurrir a sus socios para realizar la prestación de los servicios que contrata y para ello tiene recogidas una serie de normas en el llamado Procedimiento de Adjudicación de Servicios de recuperación de papel y cartón que obra en el expediente a partir del folio 696 y donde se recogen determinadas indicaciones que son de especial interés reseñar en este punto:

- Como norma básica y general, siempre que ello fuera posible, la adjudicación de los servicios de gestión, se hará directamente sobre uno de los Socios de UDER.
- La adjudicación será realizada con un criterio de proximidad, de tal forma que siguiendo la filosofía de los círculos concéntricos, siempre será adjudicada la gestión de un contrato a aquel Socio/s, que estuviera más cercano a la producción. (30 km)
- Cuando varios Socios estén interesados en el servicio, se realizará la adjudicación por sorteo entre ellos, siendo posteriormente rotativa anualmente, en su caso, la citada adjudicación.
- Con el fin de mantener una transparencia absoluta, en los costos a cobrar por cada uno de los Socios a UDER por los servicios prestados, estos serán facturados conforme el escandallo actualizado, (consensuado por todos los Socios de la Comunidad y aprobados por el Consejo), para cada una de las Comunidades Autónomas.
- Cuando existiera un único socio en la zona concreta, este será el adjudicatario de la gestión de los servicios comprometidos por el contrato y cobrará por los servicios prestados, las cantidades previstas en el escandallo. El socio adjudicatario se compromete a realizar la gestión, conforme a las premisas fijadas en el contrato o acuerdo correspondiente y con los medios ofertados.



Del análisis de los términos pactados se puede deducir sin esfuerzo que los miembros de UDER reparten el mercado, reparten los clientes y fijan las condiciones en que se debe prestar el servicio (sobre todo comparten el precio) así como toda clase de información sensible, por lo que nos encontramos ante conductas que se enmarcan en las letras a), c), d) y e) de la Ley de Defensa de la Competencia.

Como esta Sala ha dicho en multitud de ocasiones (Sentencia correspondiente al recurso 696/2011 al inicio de su FJ Tercero) Si se considera que existe una restricción de la competencia por objeto (aquellas que por su propia naturaleza posean el potencial de restringir la competencia) no es necesario demostrar la existencia de efectos reales o potenciales contra la competencia.

En la sentencia correspondiente al recurso 232/2014 también se manifestó esta Sala de modo semejante al afirmar que En cualquier caso, a la hora de apreciar la existencia o no de una conducta anticompetitiva en el caso de que la conducta consista en una fijación de precios, no es necesario acreditar, conforme a reiterada jurisprudencia, los efectos reales producidos sobre la competencia, constituyendo la fijación de precios una restricción por objeto y por tanto una práctica anticompetitiva en sí misma.

En el caso presente no hay duda de cuáles son los acuerdos adoptados para restringir la competencia y ello pues constan suficientemente acreditados tanto en el Procedimiento de Adjudicación de Servicios de recuperación de papel y cartón como en el documento denominado Procedimiento para la comercialización de materiales y del Escandallo. No es necesario, pues, remitirse a las cuestiones que dejaron reseñadas las empresas sancionadas en los correos electrónicos que se cruzaron para entender cometidas las conductas señaladas y que son, por objeto, claramente restrictivas de la competencia.

Debe responderse, para rechazarlos, a otros argumentos empleados por la parte recurrente para justificar la procedencia de la anulación de la resolución que se pretende

- Al repartirse por razón de cercanía los contratos y establecer un sistema accesorio de sorteo, resulta claro que las empresas integradas en UDER ya no compiten entre sí y, además, se garantizan el reparto de contratos con arreglo a unos criterios previamente aceptados entre todos los integrantes de UDER. Esto es una conducta con efectos claramente anticompetitivos.

- En las zonas en las que no están establecidos ninguno de los socios de UDER, se recoge específicamente, un pacto de no competencia entre ellos (y que se acredita con los correos electrónicos que se reproducen al folio 50 de la resolución que se recurre). Esta conducta, también, es claramente anticompetitiva.

- En relación a los Acuerdos de fijación de precios, esta Sala y Sección ha dicho que: En efecto, el artículo 1 LDC sanciona cualquier acuerdo tendente a la fijación de los precios, ya que, éste, tiene como efecto una reducción de la incertidumbre respecto del comportamiento de los competidores sobre una variable fundamental de su comportamiento en el mercado, por lo que potencialmente y por naturaleza afectan a la libre competencia. A esta conclusión se llega teniendo en cuenta, el modo en el que se difunde el acuerdo, garantizando la máxima publicidad a sus destinatarios, afiliados a un sindicato, representativo, aunque sea de forma relativa y en un mercado totalmente atomizado. El carácter de precio recomendado, sin que exista un mecanismo de control para averiguar si efectivamente es seguido y en caso contrario, adoptar medidas represoras contra el incumplidor, no es óbice para la constatación de la conducta infractora, como pone manifiesto la STPI de 13 de diciembre de 2006, apartado 89, asunto T- 217/03 . (Sentencia correspondiente al recurso 356/2012)

- En el Escandallo de precios se detalla el modo de elaboración del mismo y tal sistema conlleva, necesariamente, la puesta en común de información cuyo único objeto es la obtención de un resultado prohibido por el artículo 1 LDC (a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios). Dicen dichas Instrucciones (folio 701 del expediente) Todos los Socios pasarán a la Dirección General, sus valores respecto de cada uno de los costos fijados, con el fin de que este realice el correspondiente cuadro resumen por Comunidades Autónomas, procesando los datos según corresponda, con el fin de obtener una base objetiva y proceder a continuación a reunirse con los Socios de las diferentes Comunidades, para alcanzar el consenso correspondiente sobre el escandallo de aquellas, que será presentado finalmente en el Consejo para su aprobación.

- Se diseñan mecanismos de resolución de conflictos entre los socios de UDER, por lo que la competencia desaparece plenamente.

- Uno de los socios IRMASOL, resultó expulsada temporalmente de UDER; VILARVITA SANS S.L. fue expulsada de modo definitivo. No cabe pensar en mayor restricción de la competencia cuando se pacta expresamente que, cuando alguien incumpla lo pactado, saldrá del mercado.

- Es cierto, como afirma la recurrente, que sin pactos como los que acabamos de señalar, no habría sido posible el funcionamiento de UDER ya que esta carecía de estructura de funcionamiento propios y debía basarse en



la estructura de la que disponían sus socios. Lo que no es admisible es que esos pactos para garantizar el funcionamiento de UDER tengan un contenido tan claramente anticompetitivo.

- Los acuerdos sobre fijación de precios o intercambios de información se consideran por la parte recurrente una simple restricción accesorias. No obstante, debemos entender que el conjunto de todas estas restricciones accesorias hace pensar en unas prácticas claramente anticompetitivas y no en simple restricciones accesorias. Esta sala ha entendido (Sentencia dictada en el recurso 718/2011) que hay tres requisitos para definir una restricción accesorias: a) Que guarden relación directa con la realización de una operación principal no restrictiva. b) Que su adopción sea necesaria para la formalización del acuerdo y c) Que sea proporcionada. En el caso presente, los acuerdos adoptados y que se consideran contrarios a la competencia ni guardan relación con una operación principal que sea no restrictiva, ni son proporcionados puesto que, aunque no lo pretendieran individualmente considerados, la realidad es que tienen un efecto claramente anticompetitivo produciendo reparto del mercado y expulsión del mercado de todos aquellos que no entraron a formar parte de UDER.

- La resolución recurrida no es suficientemente clara a la hora de definir cuál es la cuota de mercado de UDER (aunque al folio 63 de la misma habla de un 12%). No obstante, al tratarse de una infracción por objeto, este dato no sería relevante.

- Las Directrices Horizontales sobre la aplicación del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establecen en su apartado 240 que Los acuerdos de comercialización entre competidores solo pueden producir efectos restrictivos de la competencia si las partes tienen cierto grado de poder de mercado. En la mayoría de los casos, no es probable que exista poder de mercado si la cuota de mercado conjunta de las partes del acuerdo es inferior al 15 %. En cualquier caso, si la cuota de mercado conjunta de las partes no excede del 15 % es probable que se cumplan las condiciones del artículo 101, apartado 3. En este caso nos encontraríamos en un supuesto que se podría encuadrar dentro de esos límites debiendo valorarse todas las circunstancias concurrentes y a las que se ha venido haciendo referencia.

- Efectivamente, debe atenderse en el caso que nos ocupa al efecto anticompetitivo general producido por el conjunto de operaciones establecidas por UDER y sus socios y al que hemos hecho referencia más arriba. La valoración global de los acuerdos se recomienda también por las Directivas Horizontales en los apartados siguientes a los que acabamos de citar:

o 242. Asimismo, es probable que un acuerdo de comercialización conjunta que no implica la fijación de precios dé lugar a efectos restrictivos de la competencia si incrementa los costes variables comunes de las partes en una medida que pueda llevar a un resultado colusorio. Es probable que esto ocurra en el caso de un acuerdo de comercialización conjunta si ya antes del acuerdo las partes tienen una proporción elevada de sus costes variables en común pues el incremento adicional (es decir, los costes de comercialización del producto objeto del acuerdo) puede desequilibrar la balanza y facilitar el resultado colusorio. Por el contrario, si el incremento es grande el riesgo de resultado colusorio puede ser alto incluso aunque el nivel inicial de los costes comunes sea bajo.

o 243. La probabilidad de un resultado colusorio depende del poder de mercado de las partes y de las características del mercado de referencia. Los costes comunes solo pueden aumentar el riesgo de resultado colusorio si las partes tienen poder de mercado y si los costes de comercialización representan una proporción importante de los costes variables correspondientes a los productos afectados. Esto no ocurre, por ejemplo, en el caso de productos homogéneos cuyo mayor factor de coste es la producción. Sin embargo, los costes comunes de comercialización aumentan el riesgo de resultado colusorio si el acuerdo de comercialización se refiere a productos cuya comercialización es costosa, por ejemplo, con costes de distribución o comercialización elevados. Por lo tanto, los acuerdos de publicidad o de promoción conjuntas también pueden producir efectos restrictivos de la competencia si estos costes constituyen un factor de coste importante.

o 244. La comercialización conjunta implica en general el intercambio de información comercial confidencial relativa, en particular, a la estrategia de comercialización y a los precios. En la mayor parte de los acuerdos de comercialización, es necesario un cierto grado de intercambio de información para aplicar el acuerdo. Por lo tanto, es necesario comprobar si el intercambio de información puede dar lugar a un resultado colusorio por lo que se refiere a las actividades de las partes dentro y fuera de la cooperación. Cualesquiera efectos negativos que resulten del intercambio de información no se evaluarán por separado sino teniendo en cuenta los efectos globales del acuerdo.

- No se ha acreditado que UDER desarrollara su contratación solo a nivel nacional sino que la propia resolución (página 47) insiste en que la mayoría de sus contratos se han desarrollado a nivel local o regional. Era sobre la parte recurrente sobre la que recaía la carga de acreditar que toda la contratación de UDER se ha producido a



nivel nacional (y de ese modo justificar su creación y funcionamiento). No habiéndose propuesto ni practicado esta prueba, la falta de acreditación de este extremo debe perjudicar a la parte recurrente.

Debe concluirse que la pretendida eficacia procompetitiva de los acuerdos no ha sido en modo alguno acreditada.

En efecto, en cuanto al mercado de recuperación de papel y cartón, se ha producido un reparto convenido del mercado con asignación de áreas geográficas que, si bien pudieran responder, en principio, a las características mismas de este mercado por razón de la naturaleza del producto y los costes de transporte, incide de manera negativa en la posibilidad de que entren en el mismo nuevas empresas y se traduce, además, en la asignación de áreas de 30 kms de radio y la determinación de criterios de reparto en caso de coincidencia de dos o más socios en dicho área.

En cuanto al mercado de comercialización, las razones aducidas por la recurrente para justificar las ventajas procompetitivas de los acuerdos y de la existencia misma de UDER carecen de la consistencia necesaria cuando, en primer lugar, al tratarse de un mercado verticalmente relacionado con el de recogida, arrastra las consecuencias de las claras vulneraciones de las normas de competencia que afectan a éste y a las que nos venimos refiriendo.

SEXTO.- La parte recurrente pretende, también, que no sea aplicable la sanción sobre la base de que concurría la exención prevista en el artículo 1.3 de la LDC : La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que:

- a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas.
- b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y
- c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

En cuanto al supuesto beneficio para los consumidores, es necesario referirse al párrafo 321 de la Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, donde se afirma que 321. Las mejoras de eficiencia logradas mediante las restricciones imprescindibles deben beneficiar a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia causados por un acuerdo de estandarización o por las cláusulas estándar. Un elemento importante a la hora de analizar la probabilidad de que los consumidores se beneficien es determinar los procedimientos que se utilizan para garantizar la protección de los intereses de los usuarios de los estándares y de los consumidores finales. Cuando las normas faciliten la interoperabilidad y la compatibilidad técnica y/o la competencia entre productos, servicios y procedimientos nuevos y ya existentes, cabe suponer que el estándar beneficiará a los consumidores.

En este caso no se ha acreditado que exista mejora para los consumidores ni en el mercado de recogida ni en el mercado de venta, resultando en este último caso que resulta que el precio de venta ha sido superior durante la existencia de EDER.

SÉPTIMO. - Se plantea también por la recurrente la posible infracción del non bis in ídem y ello pues entiende que ya ha sido sancionada por los mismos hechos en el expediente 429/12. Entiende que concurren las tres identidades para considerar dicho motivo de nulidad de la resolución impugnada: de hechos, de sujetos y de normativa infringida.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo en el recurso 2941/2015 ha afirmado que: No obstante el derecho fundamental que nos ocupa viene en causa cuando se abre un nuevo procedimiento sancionador a los mismos sujetos por los mismos hechos y fundamentos enjuiciados en otro que haya concluido con una resolución judicial de fondo que produzca el efecto de cosa juzgada. Así lo precisa la sentencia del Tribunal Constitucional 91/2008 y lo reitera en el ámbito penal la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo nº 795/2016, de 25 de octubre (casación 86/2016), con cita de otras. Y otro tanto hace en el orden contencioso-administrativo la sentencia de la Sala Tercera de 24 de febrero de 2016 (casación 984/2014).

En el mismo sentido, en la sentencia correspondiente al recurso 1308/2010 se afirmó que: el Tribunal Constitucional ha declarado en reiteradas ocasiones, que 'el derecho reconocido en el artículo 25 CE en su vertiente sancionadora no prohíbe el doble reproche afflictivo, sino la reiteración sancionadora de los mismos hechos con el mismo fundamento padecida por el mismo sujeto'. Así, pues, el principio 'no bis in ídem' predica



que no puede imponerse una sanción administrativa y otra penal, o como en este caso sucede, dos sanciones administrativas, por unos mismos hechos, al mismo sujeto infractor y con identidad de fundamentos.

Deberemos examinar si en el caso de referencia se producen las identidades a las que nos hemos referido y, ya podemos adelantar, que ese examen arrojará un resultado negativo.

La resolución dictada en aquel expediente 429/12 concreta la imputación en diversas conductas que tienen que ver con hechos diferentes en relación a los residuos y al saneamiento pero en el Fundamento Jurídico Undécimo de aquella resolución se hace referencia a que en el ámbito de la recuperación de papel y cartón, las empresas imputadas en este ámbito habrían acordado el reparto del mercado a través de dos vías. Por un lado, a través de las actuaciones de la asociación AREMA en Madrid, y, por otro, a través de los pactos de reparto de mercado bilaterales entre SAICA NATUR o alguna de sus filiales y otras empresas recuperadoras competidoras.

Como se ha visto en los hechos acreditados, AREMA opera como monopsonista frente al Ayuntamiento de Madrid, mientras que los socios se benefician por ser los destinatarios de dicho material, y por el reparto mediante un pacto al margen de las fuerzas del mercado que elimina no sólo la competencia entre los socios sino con los potenciales competidores que quedan excluidos al no estar asociados a AREMA. En segundo lugar, SAICA NATUR y otras empresas recuperadoras competidoras de papel y cartón han suprimido la competencia entre ellas a través de acuerdos bilaterales de respeto mutuo de clientes que también constituyen repartos de mercado en línea con lo comentado en el primer bloque.

Obviamente, estamos ante hechos diferentes a los que han sido objeto de imputación por la resolución que ahora se recurre por lo que, al no concurrir, tampoco, el resto de exigencias citadas más arriba, no procede sino la desestimación de este argumento.

OCTAVO.- Por lo que se refiere a la supuesta infracción del principio de proporcionalidad en la fijación del importe de la sanción, debe estimarse en parte la demanda y para ello debe partirse del argumento y el criterio empleado por la resolución recurrida a la hora de fijar el importe de la multa.

Se afirma en el FJ Octavo de la resolución que ahora se impugna que: La Comunicación de la extinta CNC sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 101 y 102 del Tratado de la Comunidad Europea (BOE 11-02-2009), pretende establecer unas directrices que, con carácter general, guíen la actuación de la Autoridad de Competencia a la hora de aplicar los criterios contemplados en el artículo 64 de la LDC. Con ello se pretende contribuir a mejorar la transparencia y la objetividad en la determinación de la sanción, potenciar su efecto disuasorio y favorecer la seguridad jurídica de los operadores económicos.

Estas orientaciones para concretar la aplicación de los criterios del artículo 64 de la LDC han sido las empleadas por el Consejo para la determinación de la sanción en esta Resolución, con pleno respeto a los criterios dictados por el Tribunal Supremo, quien en numerosas sentencias (entre otras, de 24 de noviembre de 1987, 23 de octubre de 1989, 14 de mayo de 1990 y 15 de julio de 2002) ha mantenido que la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, dado que toda sanción debe determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad atento a las circunstancias objetivas del hecho.

Este criterio no puede mantenerse, como se ha dicho en multitud de Sentencias de esta Sala y Sección, tras la sentencia dictada el Tribunal Supremo de fecha de 29 de enero de 2015 (recurso de casación 2872/2013) que entendió contraria a los artículos 63 y 64 de la Ley de Defensa de la Competencia la mencionada Comunicación.

En aplicación de esa sentencia, y las posteriores que se han dictado, deberá determinarse el volumen de ventas sobre la que la CNMC debe calcular la sanción en ejecución de sentencia, pero no con base a la Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea (BOE de 11 de febrero de 2009) criterios jurídicos que se han mantenido posteriormente en numerosas sentencias, sino que debe hacerse de conformidad con la interpretación que de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 se hace por el Tribunal Supremo en esa sentencia, teniendo en cuenta que el 10% del importe de la sanción debe jugar no como tal, como parece entender la CNMC, sino como límite a la misma.

Por tanto será la CNMC la que en aplicación de los criterios establecidos en el artículo 63 y 64 de la LDC, determine de forma motivada el importe de la sanción, teniendo en cuenta entre otras circunstancias, la duración de la infracción y que en su caso debe respetar el límite del 10% de dicho volumen de ventas, sin que necesariamente tenga por qué coincidir con dicho límite, lo que en su caso, deberá razonar y motivar.



NOVENO.- De conformidad con lo dispuesto en el *artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* , no se hace especial pronunciamiento sobre las costas dado el carácter parcialmente estimatorio del fallo.

FALLAMOS

Que estimando solo en parte el recurso contencioso-administrativo, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales ADELA CANO LANTERO, en nombre y en representación de **ALBA SERVICIOS VERDES S.A.** contra la Resolución de fecha 6 de Noviembre de 2014 dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/0430/12 (Recogida de Papel), incoado por la extinta Dirección de Investigación (DI), de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) en relación a 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 por expuestos en los Fundamentos de Derecho Cuarto, Quinto, Sexto y Séptimo de la Resolución y que impone, por lo que ahora interesa, a la empresa ALBA SERVICIOS VERDES una multa por importe de 577.795 euros e intimando a la empresa sancionada, como a todas las demás, a para que en el futuro se abstengan de realizar las prácticas sancionadas y cualesquiera otras de efecto equivalente, debemos estimar solo en lo que se refiere al cálculo de la multa respecto de lo que se debe estar a lo señalado en el fundamento jurídico antepenúltimo de esta sentencia.

Sin hacer expresa imposición de costas.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá 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.

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 09/10/2017 doy fe.