



Roj: **STS 3256/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:3256**

Id Cendoj: **28079130032019100237**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **22/10/2019**

Nº de Recurso: **5588/2018**

Nº de Resolución: **1410/2019**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2595/2018,**
ATS 13062/2018,
STS 3256/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.410/2019

Fecha de sentencia: 22/10/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 5588/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 15/10/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 6

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 5588/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1410/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, presidente

D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. Maria Isabel Perello Domenech

D. Jose Maria del Riego Valledor

D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

En Madrid, a 22 de octubre de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación número 5588/2018, interpuesto por Ultramic S.L., representada por la Procuradora de los Tribunales doña Adela Cano Lantero, con la asistencia letrada de don Eduardo Abril Fernández, contra la sentencia de 21 de junio de 2018, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 10/2015, sobre sanción de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el que ha intervenido como parte recurrida la Administración del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, dictó sentencia el 21 de junio de 2018, con los siguientes pronunciamientos en su parte dispositiva:

" 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. "

SEGUNDO.- Notificada la sentencia, se presentó escrito por la representación procesal de Ultramic S.L. ante la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, manifestando su intención de interponer recurso de casación, y la Sala, por auto de 3 de septiembre de 2018 tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones en este Tribunal, por auto de 10 de diciembre de 2018, dictado por la Sección de Admisión se acordó:

" **1º)** Admitir el recurso de casación n.º 5588/2018, preparado por la representación procesal de la entidad mercantil Ultramic S.L. contra la *sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 21 de junio de 2018 (procedimiento ordinario núm. 10/2015)*.

2º) Declarar que las cuestiones planteadas en el recurso, que presentan interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, consisten en: 1º) reafirmar, o en su caso, precisar, matizar o corregir la jurisprudencia de la Sala sobre la doctrina del hallazgo casual, en relación con el contenido y fundamento de las órdenes de investigación de la CNMC en ejercicio de su actuación inspectora en expedientes sancionadores, y 2º) la interpretación de los *artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE, a fin de aclarar en qué condiciones resulta aplicable la excepción contenida en los citados preceptos, en relación con acuerdos de cooperación horizontal que implican la creación de una nueva sociedad que se presenta como una alternativa al operador dominante y como la única forma de acceder a un nuevo segmento del mercado.*

3º) Se ordena publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo, haciendo referencia al mismo, con sucinta mención de las normas que serán objeto de interpretación.

4º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

5º) *Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección tercera de esta Sala Tercera, a la que corresponde con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos."*

CUARTO.- La indicada parte recurrente presentó, con fecha 28 de enero de 2019, escrito de interposición del recurso de casación, en el que expuso los motivos en que se fundamentaba, y solicitó a la Sala:

1. Que declare haber lugar, y, por tanto, estime, el recurso de casación interpuesto por dicha parte frente a la sentencia recurrida.

2. Que acuerde casar y anular la sentencia recurrida.

3. Que, de acuerdo con el artículo 93 de la LJCA, resuelva el recurso contencioso-administrativo, estimándolo y, en consecuencia, declare la invalidez de la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión



Nacional de los Mercado y de la Competencia de 6 de noviembre de 2014, dictada en el expediente S/0430/12 (recogida de papel).

4. Imponga las costas a la parte recurrida.

QUINTO.- Se dio traslado a la parte recurrida, para que manifestara su oposición, lo que verificó el Abogado del Estado por escrito de 19 de marzo de 2019, en el que solicitó a la Sala que resuelva este recurso por medio de sentencia que lo desestime, con la consecuencia de confirmar la sentencia recurrida.

SEXTO.- Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo el día 15 de octubre 2019, fecha en que tal diligencia ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-La sentencia impugnada.

Se interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de 21 de junio de 2018 (autos 10/2015), que estimó en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de Utramix S.L., contra la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de fecha 6 de noviembre de 2014 (expediente S/0430/12, recogida de papel).

La resolución administrativa impugnada declaró a la empresa recurrente, junto al resto de empresas partícipes de la Unión de Empresas Recogedoras de Residuos (UDER), responsable de una infracción única y continuada prohibida por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y por el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, 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, y le impuso una sanción de multa de 285.830 euros.

La sentencia impugnada anuló la citada resolución de la CNMC en el particular relativo a la determinación de la cuantía de la multa, acordando remitir las actuaciones a la CNMC, a fin de que dicte nueva resolución en la que fije el importe de la multa en atención a los criterios legales de graduación debidamente motivados, con aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, interpretados en los términos expuestos en la fundamentación jurídica de la propia sentencia.

Sin perjuicio de la estimación parcial en el apartado relativo al importe de la sanción, la sentencia impugnada desestimó el resto de las alegaciones formuladas en su demanda por la parte recurrente, que sostenían: i) la caducidad del expediente sancionador, ii) la orden de investigación no reunía los requisitos legal y jurisprudencialmente exigibles, iii) la insuficiencia de motivación y justificación de la orden de investigación, iv) la incorrecta aplicación de la doctrina del hallazgo casual, y v) en cuanto al fondo, invoca la parte recurrente la faceta procompetitiva de UDER, que no realizó prácticas contrarias a la competencia y, en todo caso, alega que concurren los requisitos para inaplicar las normas sancionadoras de las prácticas colusorias, de conformidad con el artículo 1.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

SEGUNDO.- Sobre la doctrina jurisprudencial del hallazgo casual en el curso de la ejecución de órdenes de investigación de la CNMC y su aplicación al presente caso.

Esta Sala ha dictado diversas sentencias en otros recursos de casación, promovidos por otras empresas recuperadoras de papel, también sancionadas en la misma resolución de la CNMC que se encuentra en el origen de estas actuaciones, frente a sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional que mantenían similares razonamientos sobre diversos extremos comunes a todos los recursos, entre ellos, el relativo a la aplicación en este caso de la doctrina de esta Sala sobre los hallazgos casuales, siendo comunes a todos estos recursos las cuestiones de interés casacional apreciadas en los respectivos autos de admisión. Se trata de las sentencias de 18 de febrero de 2019 (casación 578/2018), 25 de febrero de 2019 (casación 6461/2017), 26 de febrero de 2019 (casaciones 6442/2017, 6696/2017 y 2593/2018) 4 de marzo de 2019 (casación 88/2018), 12 de marzo de 2019 (casación 1835/2018) y 11 de junio de 2019 (casación 851/2018).

La posición de la Sala sobre la cuestión de los hallazgos casuales en el curso de la ejecución de órdenes de investigación de la CNMC se recoge en los razonamientos expresados en las sentencias que acabamos de citar, por todas en la STS nº 233/2019, de 25 de febrero (casación 6461/2017), que ahora seguimos:

Una vez reseñada la jurisprudencia de esta Sala sobre el hallazgo casual en el curso de una inspección realizada en virtud de una orden de investigación dictada con una finalidad distinta, queda por dilucidar si esa doctrina ha



sido correctamente aplicada por la Sala de instancia al caso que nos ocupa, teniendo en cuenta los argumentos que la recurrente aducía en el proceso -y también ahora en casación- sobre la disconformidad a derecho de la Orden de Investigación que sirvió de base para la realización del registro.

Ante todo debemos recordar que, como señalan la resolución sancionadora de la CNMC y la sentencia recurrida, el procedimiento en el que se dictó la resolución sancionadora aquí controvertida (expediente S/430/12), fue incoado a raíz de la documentación obtenida en el curso de una inspección realizada los días 6 y 7 de junio de 2012 en la sede de Isma 2000 S.L. y en el seno de un procedimiento sancionador distinto (expediente S/0415/12, ABH-ISMA), que venía referido a posibles pactos colusorios en el mercado de recogida, transporte y tratamiento de residuos en centros sanitarios.

En el proceso de instancia la demandante alegó diversas deficiencias e irregularidades en la que a su entender incurría la Orden de Investigación que permitió la inspección en la sede de Isma 2000, S.L., en la que se halló la documentación que dio origen al expediente sancionador que ahora nos ocupa. Y según hemos visto, el fundamento jurídico quinto de la sentencia recurrida da respuesta a esas alegaciones señalando, en lo que ahora interesa, lo siguiente:

"QUINTO.-

[...] 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. 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, 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. [...]

Por tanto, la Sala de la Audiencia Nacional admite que, al delimitar el objeto de la inspección que se iba a llevar a cabo en la sede de la empresa entonces investigada, la Orden incurría en vaguedad e imprecisión cuando, además de señalar el mercado de tratamiento de residuos sanitarios, se refería también a "tratamientos de residuos de otro tipo"; mención ésta que, según la propia sentencia recurrida, no puede aceptarse, por



su vaguedad, por lo que la validación de la actuación inspectora se circunscribe al tratamiento de residuos sanitarios.

Aunque la sentencia recurrida no la cita, la jurisprudencia de esta Sala -de la que son exponente, entre otras, nuestras sentencias de 10 de diciembre de 2014 (casación 4201/2011), 27 de febrero de 2015 (casación 1292/2012) y la sentencia 1658/2017 de 31 de octubre de 2017 (casación 1062/2017)- respalda ciertamente esa apreciación de que la Orden de Investigación no resultaba aceptable en cuanto al inciso referido a "tratamientos de residuos de otro tipo", pues esa genérica mención no cumple los requisitos de concreción y especificidad exigibles a las órdenes de investigación; sobre todo teniendo en cuenta que los de recogida y tratamiento de residuos sanitarios son ámbitos de mercado distintos a los de recogida y tratamiento de otras clases de residuos.

Por ello, resulta acertada la conclusión a la que parece apuntar la sentencia recurrida cuando señala que, en el caso examinado, la entrada domiciliaria sólo debe considerarse válidamente acordada para recabar pruebas sobre un tipo específico de residuos, los sanitarios; y que la Orden de Investigación, por la extrema vaguedad con la que aludía a "tratamientos de residuos de otro tipo", no amparaba la utilización del material probatorio que sirvió de base para sancionar a la recurrente.

Sin embargo, la Sala de instancia elude o sorteja la objeción que ella misma ha dejado formulada, y lo hace afirmando que la circunstancia señalada carece en realidad de relevancia invalidante por aplicación de la doctrina del hallazgo casual.

Pues bien, no podemos compartir este giro argumental que introduce la sentencia recurrida.

Como hemos visto en el fundamento jurídico tercero, la doctrina sobre el hallazgo casual alude a un hallazgo de material probatorio que se produce de manera imprevista y fortuita, en el curso de una inspección realizada en virtud de una orden de investigación dictada con una finalidad distinta. Y la jurisprudencia que antes hemos reseñado viene a precisar que para que el material probatorio así obtenido pueda ser utilizado de forma legítima es necesario que el hallazgo se produzca con ocasión de una entrada y registro que cuente con la necesaria habilitación y se desarrolle de forma idónea y proporcionada.

Pues bien, tales exigencias no se cumplen en el caso que ahora nos ocupa, donde, en puridad, ni siquiera cabe afirmar que haya existido un hallazgo casual. La documentación relativa a la recogida y tratamiento de otros residuos (distintos a los sanitarios) se encontró porque se buscaba. Y se buscaba en virtud de una Orden de Investigación que, además de referirse a los residuos sanitarios, que eran objeto de aquel expediente, aludía también a "tratamientos de residuos de otro tipo"; expresión ésta que, por su genericidad y vaguedad, la propia sentencia recurrida consideró no aceptable, y, por tanto, no habilitante para que a su amparo pudiese realizarse inspección o indagación alguna.

En definitiva, no se trata aquí de un hallazgo casual producido con ocasión de la práctica de una inspección que tuviese otra finalidad, sino de un material probatorio recogido en el curso de un registro que se entendía respaldado por un inciso de la Orden de Investigación ("tratamientos de residuos de otro tipo") que, en realidad, carecía de virtualidad habilitante. Y estando así viciado el hallazgo, por haberse producido al amparo de una Orden que en ese concreto punto carece de validez y de eficacia habilitante, no cabe pretender una suerte de sanación o convalidación del material probatorio así obtenido mediante la forzada apelación a que se trata de un hallazgo casual.

TERCERO.-Sobre la respuesta a la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia.

La jurisprudencia de esta Sala sobre el hallazgo casual de material probatorio en inspecciones realizadas en virtud de órdenes de investigación dictadas con una finalidad distinta viene condensada en nuestra sentencia nº 790/2016, de 6 de abril de 2016 (casación 113/2013).

Dicha sentencia establece, en síntesis, que, partiendo del supuesto de una entrada y registro ajustada a derecho 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. Señala esa sentencia, en definitiva, "*(...) 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*".

Esta doctrina que expusimos en sentencia nº 790/2016, de 6 de abril de 2016 (casación 113/2013, F.J. 4º) debe ser ahora reafirmada, pues no advertimos razones para matizarla y, menos aún, para corregirla.

**CUARTO.- Sobre la resolución del presente recurso.**

En contra de lo que afirma la sentencia recurrida, entendemos que esa jurisprudencia sobre el hallazgo casual no es aplicable en el caso que ahora nos ocupa, pues no se trata aquí de un hallazgo producido accidentalmente con ocasión de la práctica de una inspección que tuviese otra finalidad, sino de un material probatorio que fue encontrado en el curso de un registro que se entendía respaldado por un inciso de la Orden de Investigación ("tratamientos de residuos de otro tipo") que, en realidad, carecía de virtualidad habilitante. Y estando así viciado el hallazgo, por haberse producido al amparo de una Orden que en ese concreto punto carece de validez y de eficacia habilitante, no cabe pretender una suerte de sanación o convalidación del material probatorio así obtenido mediante la forzada apelación a que se trata de un hallazgo casual.

Por tanto, debe concluirse que la resolución sancionadora se basa en un material probatorio que no ha sido obtenido de forma ajustada a derecho.

Por todo ello debemos declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por Utramix S.L., y una vez casada la sentencia recurrida, procede la estimación del recurso contencioso-administrativo y la anulación de la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 6 de noviembre de 2014, en los pronunciamientos sancionadores que afectan a la parte recurrente.

En fin, una vez alcanzada la conclusión de que la resolución sancionadora debe ser anulada, no resulta ya necesario ni procedente que entremos a examinar la segunda de las cuestiones en las que el auto de admisión del recurso apreció interés casacional objetivo, esto es, la interpretación de los artículos 1.3 de la Ley de Defensa de la Competencia y 101.3 TFUE, a fin de aclarar en qué condiciones resulta aplicable la exención contenida en los citados preceptos.

QUINTO.- Sobre las costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4, 139.1 y 139.4 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, entendemos que no procede la imposición de las costas derivadas del recurso de casación a ninguna de las partes, abonando cada una las causadas a su instancia y las comunes por mitad. Y tampoco la imposición de las costas del proceso de instancia, pues la controversia planteada suscitaba dudas de derecho suficientes como para considerar improcedente la condena en costas al litigante vencido.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1.- Ha lugar al recurso de casación nº 5588/2018 interpuesto por la representación de la entidad Utramix S.L. contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 21 de junio de 2018, recaída en el recurso contencioso-administrativo 10/2015, que ahora queda anulada y sin efecto.

2.- Estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de Utramix S.L. contra la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 6 de noviembre de 2014 (expediente S/0430/12, recogida de papel), por la que se impuso a la entidad recurrente una sanción de 285.830 euros de multa, quedando anulada y sin efecto la referida resolución sancionadora.

3.- No hacemos imposición de costas en el proceso de instancia, debiendo correr cada parte con las suyas en el recurso de casación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas Dª, Maria Isabel Perello Domenech

D. Jose Maria del Riego Valledor D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.