

RESOLUCIÓN (Expte. S/0430/12 RECOGIDA DE PAPEL)

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarrain

Secretario

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 6 de noviembre de 2014

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, ha dictado esta Resolución 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), contra UNIÓN DE EMPRESAS DE RECUPERACIÓN, S.L. (UDER) y trece empresas más por supuesta infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. En el marco de la inspección realizada el 6 y 7 de junio de 2012 en la sede de ISMA 2000, S.L. (ISMA), 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.
2. Las conductas relacionadas con los citados acuerdos eran distintas de las finalmente analizadas en el expediente S/0415/12 por lo que, con fecha 2 de diciembre de 2012, 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 de ISMA relativa a dichas infracciones.

Posteriormente, el 13 de marzo de 2012 la DI acordó incorporar la documentación en formato electrónico recabada en la inspección.

3. 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 contra las sociedades UNIÓN DE EMPRESAS DE RECUPERACIÓN, S.L. (UDER); FELIP VILELLA I FILLS, S.L. (VILELLA); HIJOS DFDEZ, S.A. (HIJOS DFDEZ); IRMASOL, S.A. (IRMASOL); ISMA 2000, S.L. (ISMA); RECIO Y CABRAL, S.L. (RECICAB); ALBA SERVICIOS VERDES, S.L. (ALBA, anteriormente RECICLAJES DOLAF, S.L. –DOLAF-); RECUPERACIÓN DE PAPELES HERMANOS FERNÁNDEZ, S.A. (HNOS FDEZ); RUA PAPEL GESTIÓN, S.L. (RUA); S. SOLIS, S.A. (S.SOLIS); UTRAMIC, S.L. (UTRAMIC); VANPAC, S.A. (VANPAC); SAICA NATUR NORESTE, S.L. (SAICA); y DESTRUDATOS CONFIDENCIAL, S.L. (DESTRUDATOS); siendo UDER y DESTRUDATOS los instrumentos utilizados para implementar dichos acuerdos.
4. Con fecha 19 de febrero de 2013, la DI remitió un requerimiento de información a UDER (folios 496 a 506) en relación a su estructura de propiedad y control, los principales tipos de productos objeto de recogida y suministro por parte de la compañía, el volumen anual de papel y cartón y otros productos recogidos y comercializados, así como un listado de sus principales clientes y el modo de facturación a sus socios por los servicios prestados en nombre de UDER.
5. Con fecha 29 de abril de 2013, la DI realizó requerimientos de información al resto de los incoados (folios 2384 a 2411, 2419 a 2457) acerca del volumen de papel y cartón recuperado por cada una de las empresas, directamente o a través de UDER, así como los datos de sus principales clientes. También en esa misma fecha se requirió información a las asociaciones ASPAPEL (folios 2414 a 2416) y REPACAR (folios 2467 y 2468) acerca del mercado de recogida, transporte y tratamiento de residuos de papel y cartón en España, y a SAICA (folios 2460 a 2464) acerca de los mercados afectados por las conductas objeto de análisis en el expediente.
6. El 17 de octubre de 2013 se formuló el Pliego de Concreción de Hechos (en adelante PCH, folios 2772 a 2805), que fue notificado a los interesados el 24 de octubre de 2013. En el PCH la DC consideró que UDER, DESTRUDATOS y distintos socios y ex socios de UDER habrían incurrido en una infracción del artículo 1 LDC. En la notificación del PCH (folios 2840 a 2914) se requirió a las empresas información concerniente a volúmenes de negocios “correspondiente a las actividades de recuperación de residuos de papel y

cartón y de comercialización de papel y cartón recuperado entre los años 2007 a 2012, ambos incluidos, desglosado por años, antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados” junto con el volumen de negocios total de la empresa en el año 2012.

7. Entre el 14 y el 20 de noviembre de 2013 tuvieron entrada en la CNMC las alegaciones al PCH remitidas por ISMA (folios 3030 a 3138), IRMASOL (folios 3139 a 3317), UDER (folios 3320 a 3535) , S. SOLIS (folios 3540 a 3556), DESTRUDATOS (folio 3566), SAICA (folios 3580 a 3710), HERMANOS FERNANDEZ (folios 3711 a 3764), RÚA PAPEL (folios 3765 a 3796), ALBA (folios 3840 a 3908), VILELLA (folios 3909 a 3931), UTRAMIC (folios 3932 a 3937), HIJOS DE DEMETRIO FERNÁNDEZ (folios 3938 a 3955) y VANPAC S.A. (folios 3958 a 3962) y de RECICAB (folios 4054 a 4091).
8. El escrito de alegaciones presentado por UDER contenía asimismo una solicitud de inicio de actuaciones tendentes a la terminación convencional del procedimiento (folios 3536 a 3539), de conformidad con lo dispuesto en los artículos 52 de la LDC y 39 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero.
9. Con fecha 18 de noviembre de 2013, el Director de Competencia acordó no iniciar las actuaciones tendentes a la terminación convencional del expediente S/0430/12, al considerar que no habría compromisos adecuados que pudieran resolver los efectos sobre la competencia derivados de la conducta objeto del expediente. La notificación del Acuerdo de denegación de inicio de la terminación convencional a UDER se produjo el 19 de noviembre de 2013.
10. Con fecha 3 de diciembre de 2013 tuvo entrada en la CNMC escrito en el que la representación de UDER interponía recurso contra el Acuerdo del Director de Competencia de 18 de noviembre de 2013 de no iniciar las actuaciones tendentes a la terminación convencional. El citado recurso fue desestimado mediante Resolución de 20 de febrero de 2014 (expediente R/0160/13, UDER).
11. Con fecha 24 de febrero de 2014 la DC acordó el cierre de la fase de instrucción del expediente S/0430/12, Recogida de Papel, conforme lo previsto en el artículo 33.1 del RDC.
12. El 25 de febrero de 2014 la DC dictó Propuesta de Resolución (PR), que fue notificada a las partes el 4 de marzo de 2014. En la notificación de dicha PR (folios 4388 a 4852) se requirió a las empresas imputadas información concerniente a volúmenes de negocios correspondiente a las actividades de recuperación de residuos de papel y cartón y de comercialización de papel y cartón desglosado para 2013.

13. Entre el 17 y el 27 de marzo de 2014, tuvieron entrada en la CNMC las alegaciones a la Propuesta de Resolución de todas las empresas incoadas (4939 a 5033, 5197 a 5579, 5600 a 5795). Las alegaciones de RECICAB (folios 5741 a 5795) fueron presentadas fuera de plazo.
14. Con fecha de 4 de abril de 2014, la DC elevó su Informe y Propuesta de Resolución al Consejo de la CNMC.
15. El 24 de julio de 2014, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, teniendo en cuenta que las conductas imputadas pueden afectar a los intercambios intracomunitarios, acordó calificar la conducta objeto de este expediente como una práctica contraria no sólo al artículo 1 de la LDC sino también al artículo 101 del TFUE (folios 5922 a 5931). Entre el 30 de julio de 2014 y el 20 de agosto de 2014 tuvieron entrada en las CNMC las alegaciones al acuerdo de recalificación de 24 de julio de 2014 (folios 5935 a 5953 y 5965 a 5984).
16. Con fecha de 28 de agosto de 2014, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó la remisión de información a la Comisión Europea prevista por el artículo 11.4 del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado, la cual tuvo lugar en fecha 2 de septiembre de 2014.
17. Con fecha 3 de septiembre de 2014 se dictó Acuerdo por el que se resolvió informar a las partes de la remisión efectuada a la Comisión Europea señalando que, en cumplimiento del artículo 37.2.c) de la Ley 15/2007, había quedado suspendido el cómputo del plazo máximo para resolver el expediente hasta que por la Comisión Europea se diera respuesta a la información remitida, o transcurriera el plazo a que hace referencia el mencionado artículo 11.4 del Reglamento CE 1/2003. Transcurrido el plazo de 30 días a que se refiere el último precepto señalado, por Acuerdo de 6 de octubre de 2014, y con efectos desde el 3 de octubre de 2014, el Consejo resolvió levantar la suspensión del cómputo del plazo máximo para resolver el expediente de referencia, lo que se notificó a las partes.
18. Mediante Acuerdo de 17 de octubre de 2014 (folios 6017 a 6020), se requirió a todas las empresas imputadas la aportación del *“volumen de negocios correspondiente a las actividades de recuperación de residuos de papel y cartón y de comercialización de papel y cartón recuperado desarrolladas a través de UDER durante los años 2007 a 2013 (ambos incluidos, antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados”, así como “el volumen de negocios total, incluyendo al cifra de negocios realizada fuera de España, antes de la aplicación del IVA y otros impuestos relacionados en el año 2013”.*

Dicha información ha sido aportada por todas las empresas (folios 6094 a 6193).

En el mismo Acuerdo de 17 de octubre se requirió a UDER idéntica información, solicitándole *“los volúmenes de negocios correspondientes a las actividades de recuperación de residuos de papel y cartón y de comercialización de papel y cartón recuperado de sus socios desarrolladas a través de UDER entre los años 2007 y 2013”*, información que UDER aportó el 29 de octubre (folios 6126 a 6147).

19. El Consejo de la CNMC en Sala de Competencia, deliberó y falló esta Resolución en su reunión del día de 6 de noviembre de 2014.

20. Son interesados en el procedimiento:

- UNIÓN DE EMPRESAS DE RECUPERACIÓN, S.L.,
- FELIP VILELLA I FILLS, S.L.;
- HIJOS DE DEMETRIO FERNÁNDEZ , S.A.;
- IRMASOL, S.A.;
- ISMA 2000, S.L.;
- RECIO Y CABRAL, S.L.;
- ALBA SERVICIOS VERDES, S.L.;
- RECUPERACIÓN DE PAPELES HERMANOS FERNÁNDEZ, S.A.;
- RUA PAPEL GESTIÓN, S.L.;
- S. SOLIS, S.A.;
- UTRAMIC, S.L.;
- VANPAC, S.A.;
- SAICA NATUR, S.L.
- DESTRUDATOS CONFIDENCIAL, S.L.

HECHOS ACREDITADOS

Las conductas objeto de este expediente han sido valoradas por este Consejo partiendo de los hechos acreditados por la DC de la CNMC y que se transcriben a continuación.

I. LAS PARTES

Son partes en este expediente sancionador:

1. UNION DE EMPRESAS DE RECUPERACION, S.L. (UDER)

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

En julio de 2007 UDER fue constituida con la participación de los siguientes socios ISMA, RUA, SOLIS, ALBA (anteriormente DOLAF), HIJOS DFDEZ, VILAR VITA, RECICAB, HNOS FDEZ e IRMASOL. Actualmente el capital social de UDER está suscrito por los siguientes diez socios: ISMA, RUA, ALBA, HNOS FDEZ, HIJOS DFDEZ, IRMASOL, RECICAB, S.SOLIS, UTRAMIC y VILELLA, habiéndose incorporado estas dos últimas empresas el 4 de noviembre de 2008.

Durante los hechos investigados también han sido socios de UDER las empresas VILARVITA SANS, S.L., a la que se excluyó del Consejo de Administración de UDER el 23 de septiembre de 2010 y, VANPAC, S.A. que fue socia de UDER entre el 4 de noviembre de 2008 y el 22 de julio de 2010.

2. ISMA 2000, S.L. (ISMA)

ISMA es una sociedad limitada con sede en Palma de Mallorca, dedicada al tratamiento integral de los residuos de papel, es decir, a la recogida y clasificación de papeles usados, y la reutilización del mismo para la fabricación y comercialización de papel reciclado. Pertenece a UDER desde su creación el 17 de julio de 2007.

3. RUA PAPEL GESTIÓN, S.L. (RUA)

RUA es una sociedad limitada con sede en Barcelona, dedicada fundamentalmente a la recuperación de papel, cartón y otros materiales. Dispone de una planta de recuperación en Barcelona que realiza tareas de selección, triturado y prensado de residuos convirtiéndolos en materia prima para la fabricación posterior de otros productos como papel y cartón. Pertenece a UDER desde su creación el 17 de julio de 2007.

4. RECICLAJES DOLAF, S.L. (ALBA o DOLAF)

RECICLAJES DOLAF es una sociedad limitada que actualmente utiliza la denominación social de ALBA SERVICIOS VERDES, S.L. (ALBA). Con sede social en Madrid, DOLAF fue adquirida en 2012 por el Grupo alemán Alba, dedicado al reciclaje y provisión de materias primas. Realiza la recogida y transporte de todo tipo de residuos, entre otros, papel y cartón y pertenece a UDER desde su creación el 17 de julio de 2007.

5. RECUPERACIÓN DE PAPELES HERMANOS FERNANDEZ, S.A. (HNOS FDEZ)

HNOS FDEZ es una empresa ubicada en Barcelona dedicada fundamentalmente a la recuperación de residuos de papel y cartón. Pertenece a UDER desde su creación el 17 de julio de 2007.

6. HIJOS DE DEMETRIO FERNÁNDEZ, S.A. (HIJOS DFDEZ)

HIJOS DFDEZ es una sociedad anónima con delegaciones en Madrid, Ciudad Real y Valdepeñas, especializada en la recuperación de papel, cartón, y otros materiales, así como en la destrucción confidencial de documentos. Pertenece a UDER desde su creación el 17 de julio de 2007.

7. IRMASOL S.A. (IRMASOL)

IRMASOL es una empresa dedicada al reciclaje de papel, recuperación de materiales sólidos, recogida selectiva municipal, con sede en Madrid y delegaciones en Sevilla, Barcelona y Málaga. Sus principales servicios son la recogida de papel a comerciantes urbanos, la venta de papel a empresas papeleras, la destrucción de archivos y material sensible, así como la recogida selectiva municipal y clasificación de residuos sólidos urbanos y la retirada y vertido de los mismos. Disponen, además, de un gran almacén (cercano a los 25.000 m²) de papel y cartón en Alcorcón. Pertenece a UDER desde su creación el 17 de julio de 2007.

8. RECIO Y CABRAL, S.L. (RECICAB)

RECICAB es una empresa con sede en Cádiz dedicada a la recuperación y comercialización de determinados residuos entre los que se encuentra el papel y el cartón. Dispone de almacenes en Cádiz, Málaga y Almería y participa en las sociedades RECICAB 2005, S.L. y RECUPERACIONES RECICAB, S.L. Pertenece a UDER desde su creación el 17 de julio de 2007.

9. S.SOLIS, S.A. (S.SOLÍS)

S.SOLÍS es una empresa gestora de residuos (entre los que se encuentra el papel y cartón) con sede en Madrid donde dispone, además, de un almacén en

Alcorcón con capacidad para 20.000 toneladas de papel, cartón, madera, chatarra y plásticos. Pertenece a UDER desde su creación el 17 de julio de 2007.

10. VILAR VITA SANS, S.L. (VILAR VITA)

Empresa gestora de residuos con sede en Barcelona. Fue miembro de UDER desde su fundación, el 17 de julio de 2007, hasta el 23 de septiembre de 2010 fecha en la que fue excluida del Consejo de Administración de UDER por infracción del acuerdo parasocial, al haber sido adquirida por SAICA NATUR, S.L. (SAICA), la principal empresa gestora de residuos de papel y cartón que opera en España. SAICA pertenece a un grupo empresarial donde también se integra el principal fabricante de cartón ondulado en España.

11. UTRAMIC, S.L. (UTRAMIC)

UTRAMIC es una empresa gestora de residuos con sede en La Coruña que pertenece a UDER desde el 4 de noviembre de 2008.

12. VANPAC, S.A. (VANPAC)

VANPAC es una empresa gestora de residuos con sede en Navarra que perteneció a UDER entre el 4 de noviembre de 2008 y el 23 de septiembre de 2010.

13. FELIP VILELLA I FILLS, S.L. (VILELLA)

VILELLA es una empresa gestora de residuos con sede en Lérida que pertenece a UDER desde el 4 de noviembre de 2008.

14. DESTRUDATOS CONFIDENCIAL, S.L. (DESTRUDATOS)

DESTRUDATOS oferta principalmente servicios integrales de destrucción de documentación confidencial en cualquier tipo de soporte garantizando al cliente la absoluta confidencialidad e imposibilitando la reconstrucción del documento original bien sea en soporte papel o informático. Asimismo, reciclan el papel destruido en la planta de tratamiento que disponen en el País Vasco, que también se utiliza para proporcionar otros servicios de recuperación de papel y cartón. DESTRUDATOS fue adquirida por UDER en septiembre de 2011.

II. MERCADOS AFECTADOS

1. Mercado de Producto

UDER y las empresas integradas en dicha sociedad como socios operan en el sector de la gestión de residuos actuando en particular en el mercado de la recogida y recuperación de residuos de papel y cartón, así como en la comercialización posterior de estos materiales recuperados.

Dadas las especificidades de los residuos de papel y cartón (derivadas de su peso, volumen y necesidades de tratamiento específicas) las autoridades de competencia consideran que, en principio, las actividades de recuperación y de comercialización del papel y cartón recuperados conforman mercados de producto diferenciados de otros residuos, con los que tienen una sustituibilidad limitada tanto desde el punto de vista de la demanda como de la oferta.

A nivel europeo la Comisión Europeo ha analizado los mercados de recuperación de papel y cartón y comercialización de papel y cartón recuperado en los casos DS SMITH Y SCA PACKAGING (M.6512), UPN/MYLYKOSKI AND RHEIN PAPIER (M.6101) y JEFFERSON SMURFIT/KAPPA (M.3935). En ellos la Comisión ha distinguido dos mercados diferenciados: el mercado de recuperación de residuos de papel y cartón y el mercado de comercialización de dicho papel y cartón recuperado

Siguiendo este análisis, la DC analiza en el PCH y la PR la situación y estructura de ambos mercados.

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

- Mediante la recogida industrial se recupera el cartón de las grandes superficies comerciales, las industrias, las editoriales, los recortes de papel de las imprentas, etc.
- Por su parte la recogida selectiva municipal recupera el papel de los hogares, el pequeño comercio y las oficinas a través del contenedor azul, los puntos limpios y los servicios de recogida puerta a puerta. En este caso el papel y cartón usado lo recoge un camión grúa y lo lleva al almacén de un recuperador de papel y cartón, que lo clasifica por tipos, lo limpia, lo acondiciona y lo enfarda para vendérselo a las fábricas papeleras.

Para la recogida, la empresa recuperadora dispone de vehículos adaptados y facilita a los clientes elementos de recogida y almacenaje como los autocompactadores, compactadores, contenedores, etc.

Posteriormente, los materiales recogidos son descargados en los almacenes que pueden ser cubiertos, para papel de mayor calidad, o al aire libre para calidades de menor valor. Finalmente, el proceso se completa con la valorización del papel a través de su clasificación, triturado y enfardado, para su posterior comercialización a clientes, generalmente fábricas de papel y cartón.

De esta manera, en el proceso de gestión pueden distinguirse dos fases diferenciadas:

- La primera fase, de recogida de papel y cartón, se caracteriza porque los recuperadores de residuos presentes en la misma (como UDER y sus socios) actúan como demandantes para ocuparse de la recogida de estos residuos.

Si bien los recuperadores de papel y cartón ofertan un servicio a los generadores del residuo o a los ayuntamientos, por el que nominalmente cobran, en la práctica estos operadores actúan como demandantes y están dispuestos a pagar en términos netos por la recogida de dichos residuos, dado el potencial de valorización de los mismos. Por ello, los generadores de residuos (superficies comerciales, industrias, editoriales, etc.) pueden actuar como oferentes y venden al mejor postor la recogida de los residuos de cartón y papel que generan.

- La segunda fase comprende la comercialización del papel y cartón recuperado a los fabricantes de papel y cartón y en ella, los recuperadores de residuos como UDER y sus socios actúan como oferentes.

De esta manera, ambas fases constituirían dos mercados diferenciados, verticalmente relacionados entre sí.

Por ello, a los efectos del presente expediente, se considerará que son mercados de producto afectados:

- El mercado de recuperación de residuos de papel y cartón
- El mercado de comercialización de papel y cartón recuperado

2. Mercados Geográficos

a) Mercado de recuperación de residuos de papel y cartón:

Tradicionalmente, las actividades de recuperación de residuos de papel y cartón han sido definidas como de dimensión local/regional debido a la importancia de los costes de transporte como consecuencia del peso y volumen del producto antes de su tratamiento. Además, también se observa que los precios por la prestación de servicios de recuperación son distintos en función del lugar donde se preste el servicio.

Sin embargo, en los últimos años ha aumentado el número de empresas que ofertan la posibilidad de gestionar sus residuos de papel y cartón exigiendo que se contrate de forma simultánea para todo el territorio nacional, lo que requiere que los operadores que deseen realizar las actividades de recuperación de papel y cartón en estos casos deban dotarse de estructuras en el ámbito nacional.

De hecho, puede considerarse 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.

b) Mercado de comercialización de papel y cartón recuperado

Por lo que se refiere al mercado de comercialización de papel y cartón recuperado, el mismo en principio tiene una dimensión nacional, porque el papel y cartón compactado y valorizado tiene unos menores costes de transporte que el papel y cartón recuperado, y por el hecho de que gran parte del papel y cartón recuperado en España se comercializa en el territorio nacional.

En todo caso, no se puede descartar que el ámbito geográfico relevante sea más amplio, entre otras razones porque España tiene un déficit de recuperación de papel y cartón en relación con la demanda que existe de papel y cartón reciclado, lo que implica que España es un importador neto de papel y cartón recuperado. Además, existen flujos de exportación significativos, entre otros, las exportaciones realizadas por los socios de UDER.

A la vista de lo anterior, no es necesario pronunciarse sobre la definición exacta de los ámbitos geográficos relevantes de los mercados de producto considerados, en la medida que no afecta a las conclusiones del análisis, si bien es cierto, que los hechos acreditados en el presente expediente afectan al mercado de recuperación de papel y cartón tanto a nivel nacional como en ámbitos geográficos inferiores, que han podido verse afectados por las conductas que se analizan. En lo que respecta al mercado de comercialización, se considera que se trata de un mercado de, como mínimo, dimensión nacional.

III.- CONDUCTAS INVESTIGADAS

1. Creación de UDER

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), cuya escritura de constitución se encuentra documentada en los folios 525 a 560 del expediente.

Las empresas socias fundadoras de UDER fueron nueve: ISMA (con sede en Palma de Mallorca), RUA (domiciliada en Barcelona), S.SOLIS (con sede en Madrid), DOLAF (también domiciliada en Madrid), HIJOS DFDEZ (con delegaciones en las provincias de Madrid, Ciudad Real y Toledo), VILAR VITA (con sede en Barcelona), RECICAB (radicada en Cádiz), HNOS FDEZ (con sede en Barcelona) e IRMASOL (con sede en Madrid y delegaciones en Sevilla, Málaga y Barcelona).

Estas nueve empresas 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).

2. Ampliación del número de socios:

Tras su constitución en julio de 2007 las primeras actuaciones de UDER se centraron en la ampliación de su número de socios con el fin de abarcar un mayor número de comunidades autónomas. Así se recoge en el primer Acta del Consejo de Administración de UDER, celebrada el 15 de noviembre de 2007 (folios 26 y 27):

“... surge por la interpelación del Sr. (...) la posible necesidad de ampliar los socios de UER SL por cuanto, y tal y como manifiesta el Sr.(...), hay determinadas zonas del territorio nacional que no se encuentran cubiertas porque los actuales socios no llegan con sus recursos a las mismas, como el levante y el Norte peninsular (Galicia, cornisa Cantábrica). Coincidiendo el resto de consejeros con el Sr. (...)se acuerda tantear a dos posibles sociedades que podrían estar interesadas en participar del Proyecto UER SL, una en el levante y otra en el Norte de la Península, siendo encargados de tantear a esos potenciales socios futuros D. (...) y el propio Sr. (...), si

bien se recuerda la necesidad de la firma de los acuerdos parasociales y que en cualquier caso cualquier nueva incorporación deberá ser aprobada en la forma y quórum que dichos acuerdos establecen.”

En el Consejo de Administración de UDER de 4 de marzo de 2008 los socios de UDER consideraron Galicia, País Vasco, Levante y Aragón como las áreas prioritarias que necesitan cobertura (folios 603 y 604). Ante el interés mostrado por determinadas empresas para formar parte de UDER, se acordó cubrir esas áreas geográficas con la entrada de nuevos socios que, en todo caso, deberá ser aprobada por el Consejo de Administración.

El 3 de abril de 2008 (folios 607 a 614), el Director General de UDER informó sobre la tres potenciales socios de la entidad: UTRAMIC, que cubriría la zona de Galicia, VANPAC, empresa implantada en el País Vasco y BIDASOA ECOGESTION, S.L., implantada en Navarra. Sin embargo el Consejo de Administración descartó la integración de ECOGESTIÓN y acordó que VANPAC cubriría País Vasco y Navarra (folio 608).

En el Acta del Consejo de Administración de 5 de mayo de 2008, se informa al Consejo de Administración sobre las empresas COMERCIAL DE RECICLAJES, S.L., para cubrir la zona de Levante y J. VILELLA FELIP, S.L. y VILELLA para la zona de Zaragoza- Lérida (folio 616). En ese mismo Consejo de Administración se aprueba continuar con las gestiones para que VILELLA entre como socio en UDER (folio 620).

Tras nuevos informes remitidos al Consejo de Administración del 6 de junio de 2008 (folios 625 a 631), el 4 de noviembre de 2008 se formaliza la entrada en UDER de las tres empresas señaladas: UTRAMIC, para cubrir la zona de Galicia, VANPAC para cubrir la zona de País Vasco y Navarra y VILELLA para cubrir la zona de Zaragoza y Lérida (folio 517). Tras esta ampliación UDER contaba con socios operando en nueve Comunidades Autónomas.

Dos años después, se produce una nueva reestructuración en la composición de UDER, con el cese de varios socios que conformaban el Consejo de Administración. Así, la Junta General Extraordinaria de 7 de julio de 2010 decide la salida de UDER de las sociedades VILAR VITA y VANPAC (folios 1280 a 1284). Esta salida se convierte en definitiva el 23 de septiembre de 2010, cuando se acuerda el cese como miembros del Consejo de Administración de ambas sociedades (folios 1290 a 1313).

En el caso de VANPAC, la salida de UDER se produce a petición propia. Por el contrario la exclusión de VILAR VITA se debe al incumplimiento del pacto parasocial que los socios de UDER habían establecido en el año 2007, en el que se recogía que cuando alguno de los socios decidiera enajenar su participación en UDER, se debía contar con el 75% de los votos favorables del Consejo de Administración, estableciéndose un derecho de tanteo a favor de UDER una vez

conocida la identidad del potencial adquirente de las participaciones y de su precio (cláusula 5 del pacto parasocial, folios 561 a 593).

Sin embargo cuando SAICA adquirió VILAR VITA, esta última entidad no comunicó al Consejo de Administración la transmisión de las participaciones en UDER, por lo que se consideró que había incumplido la citada cláusula 5 del pacto parasocial .

3. Mecanismos de coordinación:

Desde su creación UDER ha experimentado distintos problemas de coordinación, tanto entre las recuperadoras de papel integradas como socios en la empresa, como entre dichas recuperadoras y el propio UDER. Para tratar de corregir y evitar dichos enfrentamientos y problemas los socios de UDER adoptaron los siguientes mecanismos de coordinación:

- a) Protocolo para la comercialización y puesta a disposición de un volumen fijo de residuos (folios 686 a 689).

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.

No obstante, este procedimiento también generó problemas entre los socios ya que en ocasiones estos no aportaban información veraz. Por ello los socios acordaron dejar constancia en acta de las cantidades a suministrar a favor de UDER para el cumplimiento de los contratos con fabricantes de papel. No obstante, ante la persistencia de los incumplimientos en lo relativo a las toneladas comprometidas y las efectivamente entregadas, se acordó que los socios pudieran compensarse entre el tonelaje necesario para cumplir los objetivos contractuales (folio 805).

En cuanto a discrepancias en el precio fijado, en el Consejo de 3 de octubre de 2008 se acordó que en caso de que se tuviera que establecer un precio medio de una calidad para ser comercializada por UDER *“éste será establecido en el Club”* (folio 677).

Posteriormente, en el Consejo de Administración de 4 de mayo de 2009, según se recoge en el Acta emitida (folio 750), se recordó a todos los socios la obligación de cumplir con los compromisos adquiridos en los suministros y en caso de no poder cumplir con dichos compromisos, informar al Director General de UDER para tomar medidas correctoras.

A partir de estas premisas, UDER llegó a dos acuerdos con los fabricantes de papel (PAPRESA, S.A. y SMURFIT KAPPA), si bien posteriormente surgió la necesidad de aumentar el volumen de toneladas que UDER debía suministrar a ambos fabricantes, lo que ocasionó nuevos problemas entre los socios.

De este modo surgieron nuevas divergencias entre los socios. Así, HNOS FDEZ consideró que las cantidades que se acordó poner a disposición por parte de los socios en los anteriores contratos no podían permanecer como un derecho adquirido para toda la vida del contrato (folio 770).

En el Consejo de UDER de 3 de julio de 2009, según recoge el Acta levantada al efecto (folio 778 y 779), se analizaron los dos contratos que UDER tenía firmados con fabricantes de papel en los que se establecía que UDER debía incrementar el suministro a ambas entidades a partir del segundo año del contrato. Para evitar

que aquellos socios que en su momento no pudieron comprometer más cantidades, se vieran limitados por los compromisos iniciales, se adoptaron los siguientes acuerdos por unanimidad:

- 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.

Por otro lado, se acordaron igualmente propuestas alternativas de prestación de servicio de comercialización por parte de los socios con un interés particular. Así, en el Consejo de 2 de Marzo de 2009, se recoge el interés de ALBA en servir a SMURFIT KAPA desde la ubicación de uno de los almacenes pese a ser más cara que otras opciones. Los socios de UDER acordaron que dado el interés de ALBA de servir esta plaza se le ofrezca correr con el cincuenta por ciento del sobre coste (folio 729).

b) Procedimiento de adjudicación de servicios de recuperación de papel y cartón derivados de acuerdos firmados por UDER (folios 696 a 699).

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. Por ejemplo, en el acta de la reunión del consejo de administración de UDER de 4 de mayo de 2010 (folio 853) se estableció un turno rotativo mensual entre IRMASOL, ALBA, S.SOLIS y DEFESA para cumplir el contrato firmado entre UDER y VOCENTO, S.A. Por el contrario, cuando no exista ningún socio próximo al generador UDER buscará colaboradores en esa zona.

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.

4. 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.

Sin embargo la falta de aportación de información por parte de los socios obligó a modificar este procedimiento en 2009 (Acta del Consejo de Administración de UDER de fecha 4 de mayo de 2009, folios 749 y 750), de forma 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.

Asimismo, desde junio de 2009, y a solicitud del socio VILAR VITA representada por su Consejero Delegado, (...), los socios comparten las ofertas comerciales que cada uno ofrece en cada contrato de UDER. Así se desprende de lo consignado en el Acta de la reunión del Consejo de Administración de UDER de 5 de Junio de 2009 (folio 765, subrayado añadido):

“...En relación con las incidencias citadas en el punto anterior y con el fin de dejar todos los puntos clarificados al Consejo, el Director General pregunta a (...) que quería decir, cuando comentó "que las respuestas debían ser abiertas", el Sr. (...) comenta que su propuesta es que las respuestas individuales se hagan llegar al resto de los Socios. Aclarado el punto, el resto del Consejo muestra su acuerdo al respecto.”

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).

5. Facturación por UDER del papel recuperado comercializado y financiado de la entidad

En relación a la facturación los socios acordaron en el Consejo de 5 de mayo de 2008 que un porcentaje de las operaciones gestionadas por UDER pasaran a constituir el fondo de maniobra de la entidad además de las aportaciones de los socios (folio 623).

La decisión final del procedimiento de autofinanciación de UDER no se adoptó hasta reunión del Consejo de Administración de UDER de 3 de octubre de 2008 (folios 672 a 677) donde 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.

Así se consignó en el denominado “Procedimiento de financiación de UDER” (folios 682 a 685), aprobado el 3 de octubre de 2008 para su entrada en vigor el 1 de enero del año siguiente.

6. El “Club”

Como ya se ha advertido anteriormente 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. El 17 de julio de 2007, tras diversos encuentros, las empresas recuperadoras constituyeron una sociedad limitada denominada UDER.

Sin embargo, 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.

Los principios descritos se consignan en el correo electrónico enviado el 23 de junio de 2008 a UDER y a varios de sus socios por un representante de ALBA (folio 1718):

- *En principio, todos coincidimos en que formar parte del club, implicaba intrínsecamente un pacto de no agresión entre sus miembros.*
- *La mayoría de los miembros opinaba que la mesa debería intervenir, cuando se diera un caso de incumplimiento (después de haberlo intentado los implicados...).*
- *DOLAF expuso un caso de incumplimiento por parte de IRMASOL. El representante de IRMASOL, admitió sin réplica lo expuesto por DOLAF, alegando que en IRMASOL “solo mandaban él y su familia” y aceptó que “era más importante el compromiso adquirido con su proveedor, que el adquirido con el CLUB”.*
- *Se acordó dejar unos días para reflexionar sobre este asunto, posponiendo la decisión para más adelante.*

Mi propuesta de intervención por parte de la mesa, es la expulsión temporal (¿6 meses?) de IRMASOL, como medida ejemplarizante, y que además representaría una “tregua” para que DOLAF (u otros miembros) pudiera actuar en legítima defensa, sin incurrir con ello en otro incumplimiento del compromiso por eventuales agresiones a IRMASOL. Una expulsión temporal además, limitaría en el tiempo esta situación, que de otro modo se podría convertir en indefinida, y por lo tanto insostenible en el seno del CLUB.”

7. Contratos con generadores de residuos

Como se explica en el apartado 3.b anterior el criterio utilizado por UDER para la adjudicación de los servicios de recogida de papel y cartón a sus socios es el criterio de proximidad geográfica.

De acuerdo con la documentación aportada al expediente los principales proveedores de residuos de papel y cartón de UDER son los siguientes:

PRINCIPALES CONTRATOS FIRMADOS POR UDER CON PROVEEDORES DE RESIDUOS		
PROVEEDOR DE RESIDUOS	FIRMA	FOLIOS
LEROY MERLIN ESPAÑA, S.L.U.	13/02/2009	(folios 1532 y 1546)

BRICOLAGE BRICOMAN, S.L.U.	16/02/2009	(folios 1548 y 1560)
MAKRO AUTOSERVICIO MAYORISTA S.A.	01/07/2009	(folios 1399 a 1430)
		(folios 1516 y 1523)
		(folios 1456 y 1478)
		(folios 1432 y 1454)
		(folios 1479 y 1514)
		(folios 1562 y 1582)
		(folios 1584 a 1602)
		(folios 1604 a 1620)
		(folios 1622 a 1636)

Tal y como se observa 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.

La primera oportunidad de penetración surge con la empresa SGEL en mayo de 2008¹, en el momento en que finalizaba el contrato de recogida de residuos que tenía la entidad en la Comunidad de Madrid. Dado que SGEL era cliente de S.SOLÍS y este no deseaba perder este contrato, el Consejo de Administración de UDER de 5 de mayo de 2008, decidió que UDER fuese el que negociara el contrato, si bien S.SOLÍS sería la entidad que prestaría efectivamente los servicios a SGEL (folios 619 y 620). Como se observa en el acta del Consejo de Administración de 6 junio de 2008 (folio 627), la producción de SGEL en Azuqueca quedó finalmente adjudicada a UDER si bien el servicio fue ejecutado por S.SOLÍS.

Tras este primer contrato con SGEL, UDER continuó buscando nuevos generadores de residuos si bien ahora los propios socios participaban en la valoración de las necesidades para la prestación de servicios de los nuevos contratos. Este es el caso de la subcontratación a UDER de los servicios de recuperación y valorización de papel en diversas tiendas [CONFIDENCIAL]. En este caso el Director General de UDER remitió el 7 de junio de 2011 un correo electrónico (folios 1979 a 1982) a los socios de UDER en el que exponía las 7 tiendas que entrarían dentro de la contratación situadas en Sevilla, Getafe, Madrid, Badalona, Barcelona, Palma de Mallorca y Pamplona, así como qué socios debían efectuar las visitas a esas tiendas “*viendo y comunicándome las*

¹ El contrato entre UDER y SGEL no se incluye en la tabla anterior que únicamente recoge los diez principales contratos firmados por UDER de los que se tiene constancia en el expediente (folio 1399 a 1671)

necesidades y posibilidades con el fin de adjudicar el servicio a los socios según lo previsto en nuestro procedimiento y empezar cuanto antes: IRMASOL (Sevilla), RUA PAPEL (Barcelona), ISMA (Mallorca), DEFESA (Madrid) y BIDASOA ECOGESTIÓN (Navarra)” (folios 1979 a 1982).

8. Contratos con fabricantes 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.

CONTRATOS FIRMADOS POR UDER PARA LA COMERCIALIZACION DE PAPEL Y CARTÓN RECUPERADO		
CLIENTES	FECHA DE FIRMA	FOLIOS
PAPRESA	07/07/2008	(folios 1653-1663)
SMURFIT KAPPA ESPAÑA	29/01/2009	(folios 1637-1651)

El mecanismo establecido entre UDER y los socios puede verse con claridad en la operativa del contrato con PAPRESA. En la reunión del Consejo de Administración de UDER de 5 de mayo de 2008, (folio 618) cuatro de los socios de UDER ofrecen cantidades de diversos tipos de papel a unos precios por socio y calidad que oscilan entre 110 y 130 Euros, dependiendo de la localización del socio y la cantidad de material (folio 618).

El acuerdo final con PAPRESA establece un precio que toma como referencia un índice internacional de precios (índice FOEX), sobre el que se acuerdan cantidades suplementarias que varían según la calidad del papel recuperado y en algunos casos según el lugar de entrega (folio 1657).

Dado que en un principio, las cantidades de material entregadas por los socios a PAPRESA son reducidas, en el Consejo de Administración de UDER de 3 de julio de 2008, se acuerda que cada socio deberá aportar al menos 500 Tm de producto (folio 634) y que dado que no todos producen las mismas calidades de papel, se establece que pueden compensarse entre socios el volumen de materia prima a proveer.

Dado que se producen repetidos incumplimientos de los socios de cantidades comprometidas a entregar a PAPRESA, se decide dejar constancia en el acta del Consejo de Administración de UDER el compromiso adquirido por cada socio (folio 643 y 644)

Una vez superados los problemas iniciales en el contrato con PAPRESA, el Director General de UDER informa a los socios de las cantidades, calidades suministradas y precio al que se ha vendido el producto (véanse por ejemplo, folios 1712-1713 y 1742-1743). Ante las desviaciones de algunos socios en el tonelaje que debían aportar durante el año 2009, los socios acuerdan en el Consejo de UDER de 4 de noviembre de 2009 la posibilidad de realizar tránsitos para cumplir los pedidos comprometidos con los clientes (folios 804 y 805)

Sin embargo, los incumplimientos por parte de UDER en las cantidades que debía suministrar a PAPRESA continúan produciéndose, lo que motiva la negativa de PAPRESA a hacer efectiva una subida de precios de pago. En este contexto, se acuerda el 4 de mayo de 2010 renegociar el precio del contrato con PAPRESA, compensando entre los socios todas las cantidades que VANPAC no puede suministrar (folios 850 a 852).

El mecanismo de compensación entre los socios como mecanismo de coordinación para la puesta a disposición de toneladas de material a favor de UDER opera incluso con posterioridad a la salida de VANPAC y VILAR VITA del Consejo de Administración el 23 de septiembre de 2010 (folios 2094 a 2096).

Al margen de los contratos firmados por UDER con PAPRESA y SMURFIT KAPPA, también se negocia la venta de papel recuperado con la empresa [CONFIDENCIAL]. En este caso, el procedimiento de negociación es totalmente diferente al observado con las otras dos entidades ya que en este caso, los socios que ya venían aprovisionando directamente a [CONFIDENCIAL] deciden, en febrero de 2012, que toda la contratación que haga [CONFIDENCIAL] debía tramitarse a través de UDER (folios 2101 a 2105) sobre el compromiso de “No agresión a los socios en sus producciones consolidadas” (folio 2098).

Tras la canalización de determinada producción, el Director General de UDER decidió en septiembre de 2012 que había llegado el momento de negociar con dicha empresa un contrato de suministro similar al realizado con las otras dos entidades y comentó a [CONDENCIAL] que, para poder contratar con la entidad debían hacer frente a un pedido mínimo de 2.000 Tm, mientras que para realizar un pedido inferior, debían contratar individualmente con cada uno de los socios (folios 961 y 974).

A causa de la demanda de materiales de recuperación procedente de otros países (en especial China), UDER también contrata la venta de materiales recuperados con clientes extranjeros, al igual que con fabricantes nacionales. En estos casos el suministro se realiza igualmente a través de una coordinación de cantidades y precios ofertados por cada socio en el seno de UDER que decide finalmente la oferta conjunta.(por ejemplo, folios 1684, 862, 1676, 1677 a 1679, 1686 a 1693, 1697 a 1705 y 1712).

9. Participación de UDER en terceras empresas

Los problemas experimentados con VANPAC para cumplir con sus obligaciones dentro de UDER llevaron a su salida de la empresa de recuperación en 2010 (folio 1282). Esta salida generó un vacío en la prestación de servicios de UDER para el País Vasco y Navarra, Comunidades Autónomas donde actuaba VANPAC.

Para solucionar esta falta de presencia en dichas regiones, se decidió la adquisición de DESTRU DATOS por parte de los socios de UDER, lo que se hizo efectivo en septiembre de 2011, momento en el que el Director General de UDER pasa a ser Administrador Único de DESTRU DATOS y los diez socios de UDER adquieren el 70% del capital social (folios 2765 a 2771).

A partir de dos correos electrónicos se deduce la existencia de pactos de no competencia que establecen los socios en el País Vasco:

En el primero, de fecha 12 de mayo de 2011 (folio 1975), el DG de ALBA indica al resto de socios y al DG de UDER que interpretaba que la no competencia pactada entre ellos suponía no establecer infraestructuras en el País Vasco, así como intentar subcontratar siempre los servicios con DESTRU DATOS.

En el segundo, de fecha 16 de mayo de 2011 (folio 1977), demuestra las discrepancias acerca del papel de DESTRU DATOS en el País Vasco; en este caso RUA indica su oposición a la postura del Director General de UDER, quién le manifestó que no se podía adquirir en el País Vasco material de una empresa distinta a DESTRU DATOS. RUA plantea que una cosa es que haya que utilizar a DESTRU DATOS para prestar servicios a un proveedor y no presentar ofertas a clientes de esa entidad y otra es que no pueda suministrarse nada a terceros.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habilitación competencial

De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 13/2013, de 4 de junio de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre del Ministerio de Economía y Competitividad, se determinó el 7 de octubre de 2013 como fecha de puesta en funcionamiento de la CNMC. Según la disposición adicional segunda de la misma Ley *“las referencias que la legislación vigente contiene a la Comisión Nacional de la Competencia [...] se entenderán realizadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [...]”*

Por otro lado, de acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, a la CNMC compete *“aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia”*. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de *“resolver los*

procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio” y según el artículo 14.1.a) del Estatuto orgánico de la CNMC aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, “la Sala de la Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio”.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO.- Objeto de la resolución y normativa aplicable

La Sala de Competencia en el presente expediente debe resolver, sobre la base de la instrucción realizada por la DC que se recoge en el Informe y Propuesta de Resolución, si las empresas UDER, ISMA, RUA PAPEL, ALBA, HNOS FDEZ, HIJOS DFDEZ, IRMASOL, RECICAB, S.SOLÍS, VILAR VITA, UTRAMIC, VANPAC, FELIP VILELLA y DESTRU DATOS han cometido y son responsables de una infracción muy grave única y continuada del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, desde septiembre de 2007² hasta la actualidad, por actuar de forma concertada en los mercados de recuperación y comercialización de papel y cartón recuperado en España, al repartirse de forma explícita e implícita actividades y clientes, concertar precios y compartir recursos e información comercial sensible. Para poner en marcha y canalizar estos acuerdos las partes de los mismos han creado una empresa, UDER, en la que participan y han participado todos ellos como socios, mientras que DESTRU DATOS, es una sociedad adquirida por los socios y dirigida desde su adquisición por el Director General de UDER para implementar los acuerdos analizados en la zona del País Vasco.

TERCERO.- Valoración jurídica del órgano instructor y alegaciones presentadas a la propuesta de resolución

3.1. Valoración jurídica del órgano instructor

Finalizada la instrucción del expediente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50.4 de la LDC, la DC ha propuesto al Consejo la declaración de infracción para las empresas incoadas en los siguientes términos:

- *PRIMERO. Que se declare la existencia de conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, consistentes 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*

² UDER queda constituida el 17 de julio de 2007, si bien la primera reunión del Consejo de Administración de UDER se produce en noviembre de 2007.

implícita actividades y clientes, concertar precios y compartir recursos e información comercial sensible, lo que constituye una infracción única y continuada tipificada en el artículo 1 de la LDC.

- *SEGUNDO. Que se declare responsable de dicha infracción a UNIÓN DE EMPRESAS DE RECUPERACIÓN, S.L., FELIP VILELLA I FILLS, S.L.; HIJOS DE DEMETRIO FERNÁNDEZ, S.A.; IRMASOL, S.A.; ISMA 2000, S.L.; RECIOY CABRAL, S.L.; ALBA SERVICIOS VERDES, S.L. (anteriormente RECICLAJES DOLAF, S.L.); RECUPERACIÓN DE PAPELES HERMANOS FERNÁNDEZ, S.A.; RUA PAPEL GESTIÓN, S.L.; S. SOLIS, S.A.; UTRAMIC, S.L.; VANPAC, S.A.; SAICA NATUR, S.L. (como empresa sucesora de VILAR VITA SANS, S.L.) y DESTRUDATOS CONFIDENCIAL, S.L.*
- *TERCERO. Que la conducta prohibida se tipifique, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción muy grave del artículo 62.4.a) de la LDC.*
- *CUARTO. Que se imponga la sanción prevista en el artículo 63 de la LDC, teniendo en cuenta los criterios para la determinación de la sanción previstos en el artículo 64 de la LDC.*
- *QUINTO. Que se adopten los demás pronunciamientos a los que se refiere el artículo 53 de la LDC, en la medida que resulten pertinentes.*

Como fundamento a la anterior imputación, la DC considera acreditado que las empresas incoadas han actuado de forma concertada en los mercados de recuperación y comercialización de papel y cartón recuperado en España, al repartirse actividades y clientes, concertar precios y compartir recursos e información comercial sensible, lo que constituye una infracción única y continuada tipificada en el artículo 1 de la LDC.

La conducta descrita se habría desarrollado mediante un conjunto de acuerdos entre diversos operadores competidores de los mercados de referencia, para actuar de forma concertada en dichos mercados en el marco de una estrategia conjunta única, tal y como ha quedado demostrado en el PCH.

Dichos acuerdos prevén que sus partícipes fijen precios conjuntamente, se repartan clientes y proveedores y alcancen pactos de no competencia entre ellos, así como que compartan información comercial sensible de cara a la fijación de la estrategia común.

- a) En particular, respecto al mercado de recuperación de residuos de papel y cartón, los acuerdos se refieren a la implementación de pactos de no

competencia entre los socios, reparto de clientes y servicios prestados y fijación de precios, materializados a través del documento firmado por los socios denominado “Procedimiento de adjudicación de servicios de producciones directas de UDER” (cuya versión final se incluye en los folios 696 a 699) y que aparece como documento adjunto al Acta del Consejo de Administración de UDER de 4 de noviembre de 2008, y de los pactos de no competencia entre los miembros del Club y del acuerdo de no competir en la zona del País Vasco en beneficio de DESTRU DATOS (folio 1975 y 1977).

- b) En el mercado de comercialización de papel y cartón recuperado, los acuerdos suponen la fijación conjunta de precios, la compartición de información comercial sensible y a la concertación de las cantidades suministradas. UDER se configura así como una central de ventas a través de la cual los socios desarrollan prácticas anticompetitivas. Las prácticas anticompetitivas se materializan en un acuerdo firmado por los socios y denominado “Protocolo para la comercialización y puesta a disposición de UDER de un volumen fijo de residuos” (folios 686 a 689).

Las conductas descritas anteriormente se han desarrollado por empresas competidoras en los mercados de recuperación y comercialización de papel y cartón en España distorsionando la competencia en ambos mercados, ya que, mediante las mismas, se evita o reduce la competencia entre las empresas socias de UDER de cara a la adjudicación de generadores de residuos y de cara a la comercialización de papel y cartón recuperado.

Según la DC todas estas actuaciones conllevan la restricción de la competencia en dichos mercados, tanto por su objeto como por sus efectos.

3.2 Alegaciones presentadas a la propuesta de resolución

Con fecha 4 de abril de 2014, al amparo del artículo 50.5 de la LDC, se elevó por la DC al Consejo de la CNMC el Informe y Propuesta de Resolución (folios 5797 a 5909) en la que propone, como se ha indicado que se declare la existencia de una infracción única y continuada tipificada en el artículo 1 de la LDC y en consecuencia se les imponga la sanción prevista en el artículo 63.1.c) de la LDC para las infracciones muy graves.

Las 14 empresas imputadas presentaron alegaciones a la propuesta de resolución, recogidas en el expediente en los siguientes folios:

- ALBA (folios 4939 a 5033),
- VANPAC (folios 5034 a 5040),
- S.SOLIS (folios 5041 a 5078),

- ISMA (folios 5329 a 5476),
- IRMASOL (folios 5079 a 5196),
- UDER (folios 5197 a 5328),
- VILELLA (folios 5477 a 5515),
- RUA PAPEL (folios 5516 a 5565),
- HIJOS DFDEZ (folios 5566 a 5576),
- SAICA (folios 5580 a 5599),
- UTRAMIC (folios 5600 a 5673),
- DESTRUDATOS (folios 5674 a 5686)
- HNOS FDEZ (folios 5687 a 5740),
- RECICAB (folios 5741 a 5795),

Estas alegaciones son contestadas a continuación por esta Sala.

CUARTO.- Alegaciones relativas a elementos formales o procedimentales

4.1. Imputación de SAICA

En sus alegaciones SAICA (folio 5587) pide el archivo del expediente contra ella al considerar que no ha participado en los hechos investigados. A este respecto SAICA afirma que no controlaba a VILAR VITA en el momento de la comisión de la infracción y que su imputación responde meramente al hecho de ser la actual propietaria de VILAR VITA. Por ello considera que la CNMC estaría imputando a una persona distinta a la que cometió la infracción. Según SAICA el antiguo propietario de VILAR VITA, VILAR VITA S.A. es la empresa que debe responder de la infracción cometida por su filial VILAR VITA ya que era la empresa responsable de su explotación en el momento de la infracción y no ha cesado de existir jurídicamente.

Respuesta de la Sala de Competencia del Consejo

En su respuesta a las alegaciones presentadas por SAICA al PCH, la DC sostuvo que la adquisición de VILAR VITA por SAICA supuso la adquisición de todos los activos, know-how y contratos de la empresa de los que SAICA pudo beneficiarse. Para la DC la fusión por absorción implica la continuidad de la personalidad jurídica de VILAR VITA en SAICA por lo que no resulta pertinente que se exija una responsabilidad a la antigua matriz de VILAR VITA, Vilar Vita S.A.

Según la DC la adquisición de VILAR VITA implica la asunción por parte de SAICA de las responsabilidades que pudieran corresponder a la adquirida, incluidas las infracciones del derecho de la competencia, subrayando que SAICA dispone de herramientas jurídicas para reclamar a VILAR VITA por ocultar información relevante a efectos de valorar la compra de la sociedad y al margen de este expediente. Por otra parte, señala la DC, la compra por SAICA no supuso

la salida de VILAR VITA de UDER sino que SAICA incluso solicitó su participación en las reuniones lo que llevó al resto de socios a acordar su expulsión.

En cuanto a la alegación de SAICA cabe volver a incidir en que, en virtud del principio de continuidad económica, la adquisición de VILAR VITA por SAICA, cuya participación en la infracción ha quedado acreditada, implicó la asunción de responsabilidad por SAICA de las infracciones cometidas por la empresa adquirida.

En supuestos como éste, cuando no existe ninguna persona jurídica a la que se pueda atribuir la responsabilidad por la infracción en la que han estado involucrados los activos transferidos, porque la antigua propietaria haya dejado de existir legalmente, en virtud del principio de efectividad y eficacia de los arts. 101 y 102 TFUE, se aplica el principio de continuidad económica, y se traslada la responsabilidad por la infracción a la empresa adquirente o sucesora (STJUE 16-12-1975, C-40/73, Suiker Unie; STJUE 08-07-1999, C-49/92P ANIC; STJUE 28-03-1984 C 29/83, Compagnie Royale Asturienne des Mines, SA; STJUE 07-01-2004, C-2004/00 y otros, P Aalborg Portland y otros)³.

El criterio de continuidad exige que haya identidad entre los activos involucrados en la infracción y los activos transferidos: personal, derechos de propiedad industrial, medios materiales, asunción de derechos y obligaciones, etc., (asuntos C-40/73, Suiker Unie, para. 89, ver también GARZANITI y SCASSELLATI-SFORZOLINI). En definitiva, tiene que haber continuidad funcional y económica entre el infractor y el sucesor económico o vínculos estructurales entre éstos (T-349/08, Uralita SA v Commission, C-280/06 Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato v. ETI, ArcerolMittal, Sentencia de 31 de marzo de 2009, Asunto T-405/06 y C-40/73, Suiker Unie).

En este caso, consta en el expediente la adquisición y posterior absorción de la empresa VILAR VITA por parte de SAICA. Siendo ello así, de conformidad con la jurisprudencia europea citada, procede aplicar la doctrina de la sucesión empresarial o continuidad económica y funcional. Según dicha doctrina, cuando la empresa infractora o autora material y directa de la conducta (en este caso VILAR VITA) ha dejado de existir (presupuesto aquí concurrente en la medida en que la mencionada empresa ha sido adquirida y absorbida por SAICA), es posible imputar la responsabilidad al sucesor o adquirente de dicha empresa (aquí

³ En similares términos se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de febrero de 2013 en el ámbito del Expte. S/0251/10 Envases Hortofrutícolas, si bien en dicha ocasión la Audiencia consideró que la imputación no era correcta en la medida en que la sociedad originariamente autora del ilícito (es decir, la adquirida o antecesora) subsistía, aunque con distinta denominación social. Así, el principio de continuidad económica exige, con carácter general, al margen excepciones aquí irrelevantes, que la empresa adquirida o antecesora haya desaparecido, jurídicamente o *de facto*.

SAICA). La aplicación de esta doctrina permite que *“en determinadas circunstancias, una infracción de las normas sobre la competencia puede ser imputada al sucesor económico de la persona jurídica que la haya cometido”*. Esta derivación o sucesión de la responsabilidad tiene por presupuesto garantizar *“que el efecto útil de dichas normas no sea comprometido por causa de cambios efectuados, especialmente, en la forma jurídica de las empresas de que se trate”* (STGUE 11 marzo 1999, T—134/94 NMH Stahlwerke).

Tal como consta en el expediente, con la adquisición de los activos de VILAR VITA por parte de SAICA, esta última pretendió mantenerse en la operativa desarrollada por UDER como venía desarrollando VITAL VITA, por lo que resulta evidente la existencia de una continuidad funcional y económica por parte de SAICA de la citada actividad. Prueba de ello, además, es que SAICA solicitó a UDER su participación en las reuniones con los demás socios. Es además incuestionable la desaparición de la autora material de la conducta (VILAR VITA) extremo que la propia SAICA no niega.

En definitiva, esta Sala de Competencia considera que SAICA es responsable por el hecho de ser sucesora de VILAR VITA a pesar de que los hechos sucedieron cuando SAICA no tenía control sobre VILAR VITA. Concurren, por tanto, en el presente expediente, los elementos necesarios para considerar a SAICA responsable de la conducta infractora de VITAL VITA durante el periodo que discurre de 17 de junio de 2007 a 11 de junio de 2010.

Por último, apunta SAICA que en la medida en que la matriz de VILAR VITA sí subsiste, la imputación debería recaer sobre ésta en aplicación del artículo 61.2 de la LDC y la constante jurisprudencia recaída sobre responsabilidad de la matriz por actuaciones de la filial. La Sala no comparte esta apreciación de SAICA. La responsabilidad que se imputa a matrices por actuaciones de sus filiales (art 61.2 LDC) exige ineludiblemente de una imputación a la filial que sirve de elemento causal u *originario* sobre el que recae la responsabilidad solidaria (derivada de aquélla) de la matriz. En este caso, según lo apuntado, no es posible imputar responsabilidad alguna a VILAR VITA por cuanto esta empresa ha desaparecido (ha sido absorbida por SAICA). Siendo ello así, la aplicación de la doctrina de la continuidad económica obliga a situar el centro de imputación en la sociedad adquirida. No existe, en consecuencia, imputación de responsabilidad sobre filial que permita imputar solidariamente a la matriz, por lo que decae el presupuesto de aplicación del artículo 61.2 de la LDC. A su vez, una vez imputada responsabilidad a la sucesora o adquirente (SAICA) no cabría mantener una responsabilidad solidaria sobre la matriz de VILAR VITA en la medida en que, entre actual responsable (SAICA) y matriz de VILAR VITA no existe nexo orgánico o funcional que permita la aplicación del mencionado artículo 61.2 de la LDC. Lo anterior se entiende, claro está, sin perjuicio de las acciones que puedan

corresponder a SAICA contra la matriz de VILAR VITA, extremo sobre el que este Consejo no puede pronunciarse.

4.2. Indefensión por falta de acceso a documentación

En segundo lugar, también SAICA (folio 5588) considera que se ha violado su derecho de defensa ya que no ha podido acceder a determinada información declarada confidencial y utilizada como prueba. SAICA incide en la necesidad de acceder a dichos documentos para articular su defensa y niega que busque obtener información comercial de UDER, como afirma la Propuesta de Resolución.

Respuesta de la Sala de Competencia del Consejo

SAICA en su alegación se centra en determinados contratos considerandos confidenciales para ella y que considera que no lo son porque fueron firmados durante el tiempo en que VILAR VITA fue miembro de UDER antes de su expulsión (folios 1399 a 1430, 1532, 1546, 1548, 1560, 1637 a 1651, 1653 a 1663) y que podrían constituir elementos de imputación.

Estos contratos, efectivamente, fueron firmados con proveedores y clientes de UDER cuando VILAR VITA fue miembro de UDER, si bien la DC ha considerado que eran confidenciales puesto que son contratos con empresas ajenas al procedimiento mientras que los términos exactos de estos contratos no constituyen elementos de imputación, tan sólo tendrían un interés comercial para SAICA, pudiendo perjudicar gravemente a la empresa UDER y a sus socios. Por ello, la Sala considera que debe mantener la confidencialidad de esta documentación para SAICA y desestimar su alegación de indefensión que no ha quedado acreditada.

4.3. Infracción de la inviolabilidad del domicilio por extralimitación de la inspección

Basándose en jurisprudencia comunitaria varias de las empresas imputadas –en concreto UDER (folios 5219-5222), ISMA (folios 5334-5339) , ALBA (folios 4947-4949), HERMANOS FERNANDEZ (folios 5687-5693), HIJOS DFDEZ (folios 5570-5572), IRMASOL (folios 5081-5085), S.SOLIS (folios 5042-5043) y RUA (folios 5536- 5538)- consideran contraria a derecho la incautación de documentación relativa al mercado de recogida, transporte y tratamiento de papel y cartón durante la inspección desarrollada en junio de 2012, así como su posterior desglose en un expediente diferente, el S/0430/12.

Citando entre otras las sentencia del Tribunal General de 14 de noviembre de 2012 (caso Nexans) y de 6 de septiembre de 2013 (caso Deutsche Bahn) las empresas alegan que la DC dirigió su inspección al mercado de residuos sanitarios y carecía de información previa sobre cualquier infracción en el mercado del cartón y el papel. Por ello, insisten en solicitar la información concreta que disponía la DC sobre este mercado antes de la inspección y consideran errónea la interpretación realizada por la DC respecto de la orden de investigación.

Respuesta de la Sala de Competencia del Consejo

Ante todas estas alegaciones es necesario reafirmar que la Orden de Investigación (folios 4030 a 4034) tenía como objeto la investigación de conductas que pudieran contribuir al cierre de los mercados de recogida, transporte y tratamiento de residuos sanitarios así como de los mercados de recogida, transporte y tratamiento de otros residuos. Igualmente debe tenerse en cuenta además que se disponía de un auto judicial que autorizaba a realizar dicha inspección. Por último debe subrayarse además, que la DC disponía de indicios de un potencial reparto del mercado de gestión de residuos sanitarios en todas sus fases por lo que no se había descartado que dichos acuerdos hubieran podido ampliarse a otros submercados de residuos.

Por ello, resulta del todo razonable que la DC pudiera considerar que los recuperadores de residuos sanitarios no estaban exclusivamente dedicados a esta actividad sino que también puedan realizar tareas de recuperación y comercialización de papel y cartón en la medida que esta actividad puede ser realizada con el equipamiento e instalaciones (almacenes y camiones, compactadoras) que ya dispone un recuperador de residuos sanitarios con las debidas cautelas. Por ello, es razonable que las infracciones detectadas en el mercado de residuos sanitarios puedan extenderse a otros mercados cercanos como el de recuperación de papel y cartón. En relación con la no aparición de la palabra “UDER” ni ninguna relacionada con el mercado de recuperación de papel y cartón, debe reiterarse, en coincidencia con la DC, que el uso de palabras clave no es el único criterio o herramienta para la selección de documentos electrónicos en una inspección (folio 4046) sino que existe igualmente una fase de análisis personal y no automatizado desarrollada de forma visual por los propios inspectores.

En cuanto al desglose de la información relativa a UDER en un nuevo expediente, está justificado siguiendo el artículo 29 del RDC que establece que cuando la naturaleza de los hechos haga necesario la tramitación de los mismos en procedimientos diferentes la DC procederá al desglose de la información.

En todo caso, si se considerara que el objeto de la inspección desarrollada en junio de 2012 no alcanzaba las conductas investigadas en el presente expediente no puede obviarse que la doctrina jurisprudencial referida al «hallazgo casual» igualmente otorga validez a aquellos registros acordados y efectuados para la investigación de unos delitos concretos que permitan la incautación de efectos relacionados con otro delito distinto siempre que se cumpla con el principio de proporcionalidad y se ajuste a las previsiones legales y constitucionales. Queda reflejado, por ejemplo, en la STS (Sala de lo Penal) de 1 de Febrero de 1999:

“En semejante sentido, entre otras y además de las Resoluciones mencionadas en la anterior, la STS de 1 de Febrero de 1999, que afirma: “...el hallazgo de elementos o datos directos o indiciarios de la comisión de un delito distinto del que dio lugar a la iniciación de las investigaciones, la doctrina más reciente de esta Sala viene estableciendo, en lo que respecta a los descubrimientos casuales de pruebas de otro delito distinto del inicialmente investigado, la posibilidad de su validez y de la adjudicación de valor probatorio a los elementos encontrados, siempre que se cumpla con el principio de proporcionalidad y que la autorización y la práctica del registro se ajuste a las exigencias y previsiones legales y constitucionales.”

Todo lo cual podría aplicarse en este expediente donde se cumplen las previsiones legales y constitucionales para llevar a cabo la inspección por cuanto se disponía para ejecutar la misma tanto de Orden de Investigación como de Resolución Judicial, y la documentación incautada cumplía con las limitaciones impuestas en la Orden de Investigación y la Resolución Judicial, mientras que las empresas incoadas han tenido la posibilidad de formalizar alegaciones contra la documentación incorporada al expediente tras la inspección así como solicitar la confidencialidad de la documentación que consideren incorpora información sensible o secretos comerciales además de poder interponer recurso ante el Consejo si lo hubiesen considerado.

4.4. Falta de ampliación de plazos

Tanto VILELLA (folio 5477) como ALBA (folio 4944) alegan como contraria a su derecho de defensa la denegación de la ampliación del plazo para formular alegaciones respecto de la Propuesta de Resolución, fundamentando esta pretensión en la necesidad de mayor plazo para aquellos expedientes de elevada complejidad y extensión, teniendo en cuenta, además, que el plazo de caducidad total del expediente es de 18 meses. Por ello solicitan conocer los criterios de aceptación o rechazo de solicitudes de ampliación de plazo para formular alegaciones.

Respuesta de la Sala de Competencia del Consejo

Como ha manifestado este Consejo en múltiples ocasiones, la ampliación por la DC del plazo legal de 15 días para formular alegaciones al pliego de concreción de hechos o a la propuesta de resolución no es un derecho del administrado, sino una potestad discrecional de la DC, tal como prevé el artículo 49 de la Ley 30/1992 y como señalan los propios tribunales (véase, por ejemplo, la Sentencia de la AN de 5 de julio de 2012, 3267/2012). Por tanto, habiéndose denegado de manera motivada la prórroga a través de los escritos del instructor ambos de fecha 30 de octubre de 2013 (folio 2974 y 2980), no puede observarse una violación del derecho de defensa⁴.

En todo caso no puede dejar de señalarse que las alegaciones que conforman la documentación adicional al PCH fueron incorporadas al expediente en noviembre de 2013 mientras que la Propuesta de Resolución fue notificada en marzo de 2014, por lo que no puede pretenderse que las incoadas no hayan dispuesto de tiempo suficiente para revisar el expediente de cara a preparar alegaciones a la Propuesta de Resolución.

En consecuencia, el Consejo reitera que la concesión de una ampliación de plazo para la presentación de alegaciones es potestativa, y corresponde a la Administración ponderar los distintos intereses en juego de cara a su posible concesión. El hecho de que la Administración no acceda a una petición de las partes no implica per se una merma de las facultades de defensa del interesado.

4.5. Prescripción de las conductas de VANPAC

VANPAC (folio 5034 a 5036) alega la prescripción de cualquier responsabilidad por su participación en las conductas investigadas ya que abandonó UDER desde el 22 de julio de 2010, señalando asimismo que, durante su pertenencia en la empresa, no se benefició ni aplicó las decisiones de la misma, limitándose a aportar material a UDER hasta la resolución del contrato con la mancomunidad de San Marcos. Por todo ello considera que de ser imputada una infracción grave del artículo 62.3 de la LDC, en aplicación del artículo 68.1 del mismo texto legal, su responsabilidad estaría prescrita al haber transcurrido el plazo de dos años desde su abandono de UDER y el inicio de expediente sancionador.

Respuesta de la Sala de Competencia del Consejo

En el caso de VANPAC, este Consejo no puede aceptar las alegaciones referentes a las actividades realizadas en el seno de UDER no eran restrictivas a la competencia por cuanto la aportación de material a UDER es una conducta que

⁴ En particular, puede citarse la reciente resolución de 4 de septiembre de 2014 (R/AJ/0306/14) que resuelve un recurso interpuesto contra la denegación de la ampliación del plazo de alegaciones.

forma parte de la infracción y ha sido realizada también por el resto de socios imputados. En relación con la prescripción de la infracción cometida por VANPAC tras su salida de UDER en julio de 2010, teniendo en cuenta que esta sería la fecha en que comenzaría a computar el plazo, ésta no habría finalizado puesto que se trata de una infracción muy grave (art. 62.4.a LDC) cuyo plazo de prescripción finaliza a los cuatro años y el presente expediente sancionador se incoó el 17 de diciembre de 2012.

QUINTO.- Alegaciones relativas a los hechos acreditados

5.1. Falta de acreditación de la infracción e imputación basada únicamente en indicios

Varias de las empresas imputadas –en concreto UTRAMIC (folio 5603), S. SOLIS (folio 5048), IRMASOL (folio 5098), HNOS FDEZ (folio 5715), RUA (folio 5523) e ISMA (folio 5342)- consideran que no se han acreditado convenientemente las infracciones por parte de la DC, que se estaría basando únicamente en indicios.

Así varias empresas niegan la infracción consistente en el reparto de mercado derivado de la utilización del procedimiento de adjudicación de servicios de recuperación de papel y cartón. Igualmente niegan la existencia del denominado “Club” que consideran que no existe más allá de un simple calificativo otorgado por algún socio, ya que otras empresas no participaron nunca en él o que su uso para dirimir problemas o fricciones entre las empresas recuperadoras no se encuentra plenamente acreditado.

En general, las empresas consideran que la PR da excesiva importancia al “Club” cuando se trata únicamente de una serie de reuniones para crear UDER que cesaron una vez UDER se puso en marcha y obtuvo cierta estabilidad al suscribir sus primeros contratos, señalando que la única prueba para demostrar la existencia del mismo es un correo electrónico datado hace seis años, el 23 de junio de 2008.

Otras empresas tratan de demostrar ausencia de responsabilidad en los hechos que establece la Propuesta de Resolución porque no participaron en algunos de los contratos o en alguna de las infracciones. Igualmente consideran no acreditada la comunicación de la información comercial de cada socio al resto de los mismos ni tampoco probado el pacto de no competencia relativo a DESTRADATOS.

Por último, UDER (folio 5214) niega que un caso anecdótico, constituya prueba de que los socios controlen la política comercial de UDER. UDER se refiere a la propuesta de ALBA (párrafo 84 de la PR), para que SMURFIT KAPPA recogiera

el material desde un almacén que no era el más próximo ni el previsto en el contrato, ofreciéndose a cubrir los costes de transporte adicional. SMURFIT KAPPA no aceptó finalmente recibir el suministro desde el almacén señalado por ALBA, por lo que el material recuperado de ALBA continuó poniéndose a disposición del fabricante en el almacén inicialmente previsto.

Respuesta de la Sala de Competencia del Consejo

La Sala de Competencia del Consejo considera que los hechos expuestos en la presente resolución se encuentran plenamente acreditados en la documentación incorporada al expediente.

Así, en relación con la acreditación de la existencia del “Club” y su operativa tras la constitución de UDER, esta aparece reflejada en varios correos electrónicos:

- El correo de 6 de mayo de 2008 (folio 1694), remitido por (...) (HNOS FDEZ) al Director General de UDER y a representantes de ISMA, VILAR VITA, RECICAB, RUA, S.SOLIS, IRMASOL, ALBA e HIJOS DFDEZ, acredita la existencia del “Club” y la celebración de sus reuniones con la misma periodicidad que el Consejo de Administración de UDER, si bien el correo propone que el “Club” se reúna previamente a dicho Consejo (subrayado añadido):

“...del consejo ya opino en otros e-mail, pero me parece perfecto el no perder el tiempo en absurdas comidas de dos horas o mas y comer tipo ofis durante la reunión estoy de acuerdo en primero club y despues uder dando el tiempo suficiente a las dos por tener ambas reuniones suma importancia, pero club primero por que nos situa en mejor condicion para la de uder...”

- El correo de 23 de junio de 2008 (folio 1718), ya reseñado, remitido por el Director General de ALBA al Director General de UDER y a representantes de ISMA, VILAR VITA, HNOS FDEZ, RECICAB, RUA, S.SOLIS, IRMASOL, e HIJOS DFDEZ permite acreditar los principios en los que se inspira el “club” y sus criterios de actuación (pacto de no agresión, etc.):

“Lamento tener que retomar en el asunto que expuse en nuestra última reunión del CLUB, pero se abrió un debate crucial, que creo que conviene concluir:

- En principio, todos coincidimos en que formar parte del club, implicaba intrínsecamente un pacto de no agresión entre sus miembros.

- La mayoría de los miembros opinaba que la mesa debería intervenir, cuando se diera un caso de incumplimiento (después de haberlo intentado los implicados...).

- DOLAF expuso un caso de incumplimiento por parte de IRMASOL. El representante de IRMASOL, admitió sin réplica lo expuesto por DOLAF, alegando que en IRMASOL “solo mandaban él y su familia” y aceptó que “era más importante el compromiso adquirido con su proveedor, que el adquirido con el CLUB”.

- Se acordó dejar unos días para reflexionar sobre este asunto, posponiendo la decisión para más adelante.

Mi propuesta de intervención por parte de la mesa, es la expulsión temporal (¿6 meses?) de IRMASOL,...

Como se observa, 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 el correo electrónico por lo que constituye un hecho acreditado de este expediente. En dicho correo se observa el conflicto entre dos socios (DOLAF e IRMASOL) y se propone la expulsión temporal de IRMASOL de UDER como castigo al socio incumplidor.

Al contrario de lo alegado por HNOS FDEZ, no puede afirmarse que lo expuesto se limita a una visión particular del Sr. (...) sino que permite acreditar la existencia de este pacto de no agresión entre todos los miembros del “Club”.

Asimismo, otra evidencia de la existencia del “Club” aparece en el acta del Consejo de Administración de UDER del 10 de Octubre de 2010 (folio 869):

“...La primera condición se establece en razón de la importancia de las relaciones de carácter personal que tuvo en su creación y tiene en su desarrollo la sociedad UdER, que no se debe olvidar es fruto de una decisión madurada durante mucho tiempo por los socios en la reuniones del que se dio en denominar “CLUB”.”

Con respecto a las alegaciones en torno a la no participación de algunas empresas en el “Club” para exonerar su imputación no pueden ser estimadas, en la medida en que dichas empresas aparecen como destinatarios en correos electrónicos relacionados con el “Club” como es el caso de ISMA, VILAR VITA, RECICAB, RUA, S.SOLIS, IRMASOL, ALBA, HNOS FDEZ e HIJOS DFDEZ en los correos de 6 de mayo (folio 1694) y de 23 de junio (folio 1718), o también

ISMA, RUA, S.SOLÍS, HIJOS DFDEZ, ALBA, RECICAB, HNOS FDEZ, IRMASOL, VILELLA y UTRAMIC como firmantes del acta del 10 de octubre de 2010 (folios 866 a 870), donde aparece un párrafo explicando la actividad del “Club”. Por tanto, sólo VANPAC, que no aparece en los intercambios de correos electrónicos en relación con el “Club” ni en el anterior acta podría quedar exonerada de dicha imputación.

Por lo que respecta al pacto de no competencia en el País Vasco que se concreta en no establecer infraestructuras en dicha Comunidad Autónoma, así como intentar subcontratar siempre los servicios a DESTRUDATOS queda acreditado también en dos correos electrónicos:

En el primero, de fecha 12 de mayo de 2011, el DG de ALBA indica al resto de socios y al DG de UDER que interpretaba que la no competencia pactada entre ellos suponía no establecer infraestructuras en el País Vasco, así como intentar subcontratar siempre los servicios con DESTRUDATOS (folio 1975)

“Algunos socios de Uder estamos ofreciendo y vendiendo servicios (no solo producciones) a clientes del País Vaso desde hace tiempo; Estos servicios (en mi caso de Destrucción Confidencial) los estamos subcontratando a Destrudatos, y entiendo que favorece a todos.

Yo interpretaba que la no competencia, consiste en NO ESTABLECER INFRAESTRUCTURA PROPIA en el País Vaso. Además, intentar subcontratar siempre los servicios a Destrudatos.”

En el segundo, de fecha 16 de mayo de 2011, RUA indica su oposición a la postura del Director General de UDER, quién le manifestó que no se podía adquirir en el País Vasco material de una empresa distinta a DESTRUDATOS (folio 1977), mostrando las discrepancias acerca del papel de DESTRUDATOS en el País Vasco. RUA plantea que una cosa es que haya que utilizar a DESTRUDATOS para prestar servicios a un proveedor y no presentar ofertas a clientes de esa entidad y otra es que no pueda suministrarse nada a terceros.

“...el pasado viernes le pregunté a Rafael, si cualquiera de nuestras empresas puede comprar material en el País Vasco. La respuesta que me da es que no.

Yo no estoy de acuerdo. Una cosa es hacer la competencia a Destrudatos, con lo que estoy absolutamente de acuerdo y otra es cerrar comercialmente un territorio a nuestras empresas. Considero que cualquiera podemos comprar material, p.ej. una partida de blanco 1ª a Jokin, sin hacer la competencia a Destrudatos. Otro tema es que si

tenemos que prestar un servicio a algún proveedor, tengamos que utilizar la infraestructura de Destrudatos siempre que esté en consonancia con la realidad del mercado. Tampoco podemos ofertar a proveedores de Destrudatos. Pero nada tiene que ver con limitar la actividad comercial de nuestras empresas en el P.V. mientras no hagamos la competencia a nuestra empresa común.”

En lo que atañe al intercambio de información confidencial de precios entre los socios de UDER, el Acta del Consejo de Administración de la empresa de 5 de Junio de 2009 (folio 765), acredita que los socios, por iniciativa de (...) (Consejero Delegado de VILAR VITA), acuerdan que las ofertas de los socios enviadas individualmente al DG de UDER se trasladen a todos los socios:

“...En relación con las incidencias citadas en el punto anterior y con el fin de dejar todos los puntos clarificados al Consejo, el Director General pregunta a D. (...) que quería decir, cuando comentó "que las respuestas debían ser abiertas", el Sr. Sans comenta que su propuesta es que las respuestas individuales se hagan llegar al resto de los Socios. Aclarado el punto, el resto del Consejo muestra su acuerdo al respecto.”

Este correo acredita que los socios recurrían al intercambio de información para evitar cualquier caso de discrepancia. Prueba de esta compartición de información es que a partir de ese momento se comparten entre todos los socios y el DG de UDER las negociaciones y ofertas que los socios interesados están dispuestos a proporcionar (folios 1898 a 1904). UDER rechaza que en la elaboración de la oferta participaran los socios conjuntamente con el Director General de UDER, si bien ésta se deduce del Acta de 5 de junio de 2009 (folio 765), y se deduce también de las reflexiones de HNOS FDEZ en el acta de 8 de noviembre de 2012 (folio 986):

“A continuación reflexiona que el sistema produce importantes injusticias en el reparto entre Socios e incluso entre zonas geográficas, entendiendo que no se puede seguir creciendo con este sistema, pidiendo que se realice un monográfico al respecto con el fin de estudiar una fórmula para el cambio, partiendo de la base de que Uder funcione realmente como una mercantil independiente. “

Estas reflexiones vienen a probar la falta de independencia de UDER respecto de sus socios. Por tanto, ha quedado acreditado que son los socios los que finalmente deciden sobre la presentación de ofertas, elaboradas a partir de la información de precios y cantidades que remiten al DG de UDER pero de las que todos ellos están plenamente informados, logrando una máxima transparencia.

5.2. Inexistencia de coordinación o fijación de precios de recuperación

La práctica totalidad de las empresas imputadas –en concreto HNOS FERNANDEZ (folio 5709, 5729, 5732 a 5734), S.SOLIS (folio 5053), ALBA (folios 4971 y 4972), IRMASOL (folio 5095), UDER (folio 5227), ISMA (folio 5383), FELIP VILELLA (folio 5492), RUA (folio 5528), HIJOS DFDEZ (folio 5573), UTRAMIC (folio 5605)- niegan que los precios por la prestación de servicios de recuperación realizados por los socios de UDER estén pactados entre los socios a través del escándalo de costes. Según estas alegaciones la instrucción sobre el escándalo sólo propone una fórmula a seguir por UDER para determinar cuánto pagará por servicio al socio que resulte adjudicatario del servicio de recuperación de papel es decir, una fórmula para determinar sus propios costes, pero no determina el precio que UDER cobrará por el servicio de recuperación a su proveedor.

En concreto S.SOLÍS considera que la fijación de precios viene de las fábricas y no de UDER. Igualmente IRMASOL niega que exista coordinación de precios pues suministra a PAPRESA unilateralmente a precios diferentes de los cargados por UDER. Aporta para ello facturas para demostrar esto y afirma que desconoce en todo momento los precios de sus competidores.

Respuesta de la Sala de Competencia del Consejo

Ante esta alegación, esta Sala considera que no puede obviar que en todos los contratos que UDER firma con los generadores de residuos de papel y cartón figuran tanto el precio de compra del material valorizado como el precio que el generador de residuos debe pagar por los servicios de recogida y depósito. Por ello, la facturación de estos contratos se realiza en una doble vía:

1. Por una parte, UDER paga al generador de residuos por el material valorizado, recibiendo a su vez UDER los pagos correspondientes de los socios que hacen efectivamente la recogida de este material valorizado.
2. Por otra, el generador de residuos paga por el alquiler del material necesario para recoger los residuos, así como por la actividad de recogida y depósito.

En relación con el segundo precio los alegantes consideran que es el DG de UDER el que, a partir de la información recibida por los socios que cumplimentan los costes que incurren por prestar el servicio, propone un precio por los servicios.

Aunque esta afirmación coincide con las instrucciones para la realización del escándalo de costes (folio 701)⁵, no puede desconocerse que los socios no sólo

⁵ Establece por un lado que el procedimiento tiene por objeto, establecer los métodos por los que se realizará el escándalo de costes, para fijar el importe a cobrar por los socios, por los servicios

aportan la información sobre los costes sino que se reúnen y comparten información de costes de sus socios próximos geográficamente y competidores, en una reunión con el DG de UDER que se realiza para cada Comunidad Autónoma. Tal y como indica HNOS FDEZ, el importe por el servicio se “netea” con el pagado por el material vendido, por lo que ambas operaciones están íntimamente relacionadas y el precio final para el cliente depende de ambas operaciones.

Nuevamente, se observa como 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.

En relación con el primer precio, es decir, el que paga UDER por la compra del material, los alegantes consideran que es UDER el que establece el precio en sus negociaciones con el generador de residuos. En este caso, la fijación del precio surge también de los importes fijados en el punto anterior más la negociación entre el generador y el DG de UDER. Aquí también UDER actúa como un medio sin tomar decisión alguna sin la aprobación y coordinación de los socios afectados, porque fija los precios de acuerdo y de forma conjunta con los socios tras recibir y compartir las distintas propuestas de los socios.

5.3. Inexistencia de reparto de mercado general de recuperación

Como se ha expuesto la DC considera que el procedimiento de adjudicación de servicios de recuperación de papel y cartón, es un reparto de mercado, donde el mecanismo no se ha limitado a los contratos nacionales sino también a los locales.

Tanto UDER como el resto de las empresas imputadas no consideran acreditada esta afirmación. HIJOS DFDEZ (folio 5567, 5573), HNOS FDEZ (folio 5712, 5713, 5727, 5729, 5730), FELIP VILELLA (folios 5492 a 5494, 5506), UDER (folio 5214, 5215, 5225, 5229, 5239), IRMASOL (folios 5094 y 5095, 5097 y 5098, 5103 y 5104, 5106 y 5107), S.SOLÍS (folio 5048, 5056), ALBA (folio 4959, 4960 a 4962, 4965, 4970, 4973), ISMA (folios 5370 a 5372) consideran que el procedimiento

prestados en las adjudicaciones a UDER. También en ese mismo folio aparece el método de realización del escandallo, donde el Director General de UDER a partir de los valores que los socios le remitan realizará un cuadro resumen por CCAA y procederá a continuación a reunirse con los socios de cada CCAA para alcanzar un consenso sobre el escandallo que será finalmente presentado en el Consejo para su aprobación.

responde únicamente a objetivos de operativa interna de la sociedad, con criterios objetivos para adjudicar los servicios de recuperación al socio más próximo al punto de generación de residuos existiendo un turno rotatorio en casos de solapamiento donde asegura que en estos casos ni siquiera compiten entre sí.

Respuesta de la Sala de Competencia del Consejo

Desde el punto de vista de esta Sala de Competencia la pretendida inexistencia de reparto de clientes no puede aceptarse en la medida en que ha quedado acreditado que el mencionado procedimiento de adjudicación documentado en el expediente (folios 696-699) permite a los socios suprimir la competencia entre ellos en las diferentes regiones, estableciendo criterios de adjudicación ciertos que eviten que los socios lleguen a un conflicto entre ellos. En el caso de varios posibles socios en la zona concreta, se establece un turno rotatorio de carácter anual (folio 699):

“.. 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.”

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.

5.4. Inexistencia de intercambio de información

Varias empresas, en concreto, HNOS FDEZ (folios 5713, 5714, 5730), RUA PAPEL (folios 5523, 5530), FELIP VILELLA (folio 5488), UDER (folios 5216, 5225, 5230), IRMASOL (folio 5104), S. SOLÍS (folios 5047, 5048, 5052, 5056, 5058, 5059) , ALBA (folios 4972), ISMA (folios 5379, 5380 y 5385), UTRAMIC (folio 5603)- defienden que el protocolo de comercialización responde a razones de funcionamiento de UDER tanto para los contratos de suministro a largo plazo como a posibles operaciones puntuales. En el primer caso, los socios suministran según volumen y precio establecido por UDER, mientras que en el segundo caso los socios proponen precio y volumen y UDER negocia con los fabricantes

Los alegantes consideran que la DC incurre en un error al generalizar los intercambios de información para ambos segmentos ya que dichos intercambios sólo se producen en el caso de operaciones puntuales que además son muy

infrecuentes. También alegan que los socios han accedido sólo a información de grandes suministros que es imprescindible para el funcionamiento de UDER cuyo conocimiento no puede producir un resultado colusorio. Y que la información suministrada es compatible con lo permitido por las Directrices horizontales en concreto en el párrafo 215:

“215. La aplicación de un arreglo de compra conjunta puede requerir el intercambio de información comercial confidencial tal como los precios de compra y los volúmenes. El intercambio de este tipo de información puede facilitar la coordinación por lo que se refiere a los precios de venta y a la producción y llevar por lo tanto a un resultado colusorio en los mercados de la venta. Los efectos indirectos del intercambio de información comercial confidencial pueden, por ejemplo, reducirse al mínimo si los datos son recopilados por un arreglo de compra conjunta que no transmita la información a sus miembros”.

Respuesta de la Sala de Competencia del Consejo

En sus alegaciones las empresas imputadas afirman que UDER necesita abundante información de los socios para poder operar en ambos mercados, el de comercialización y el de recuperación. A pesar de la aparente operativa como central de ventas, en la práctica no es aceptable en la medida en que por un lado, los socios participan e intercambian información comercial sensible y más de lo necesario para constituir una central de ventas. Véase, por ejemplo, el Acta de 5 de Junio de 2009 - folio 765-, donde el Consejo de Administración de UDER acuerda, por iniciativa del Gerente de VILAR VITA SANS, que las ofertas de los socios enviadas individualmente al DG de UDER se trasladen a todos los socios:

“...En relación con las incidencias citadas en el punto anterior y con el fin de dejar todos los puntos clarificados al Consejo, el Director General pregunta a D. (...) que quería decir, cuando comentó "que las respuestas debían ser abiertas", el Sr. (...) comenta que su propuesta es que las respuestas individuales se hagan llegar al resto de los Socios. Aclarado el punto, el resto del Consejo muestra su acuerdo al respecto.”

Por otro lado, los continuos problemas en ambos mercados a la hora de cumplir los mecanismos establecidos por UDER llevan a que al final sean los socios los que deben acordar precios y cantidades, en el mercado de recuperación y de comercialización.

Existen numerosos intercambios de información sobre información comercial sensible de competidores y con efectos sobre la competencia entre ellos. RUA PAPEL en sus alegaciones lo ratifica (folio 5530):

“En cuanto al intercambio de información, tal y como señala la Comisión, la comercialización conjunta implica en general el intercambio de información comercial confidencial relativa, en particular, a la estrategia de comercialización y a los precios.”

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.

5.5. Inexistencia de límites a la comercialización libre de papel y cartón

Varias empresas imputadas –en concreto HIJOS DFDEZ (folio 5573), HNOS FDEZ (folio 5716), VILELLA (folio 5497), UDER (folio 5225), S SOLIS (folio 5046, 5052, 5053, 5054, 5058, 5061), ALBA (folio 4964)- alegan repetidamente que operan en el mercado de forma libre sin que su actividad quede condicionada por su pertenencia a UDER ni que esta pertenencia reduzca sus posibilidades de comercializar a otros agentes.

Así, por ejemplo, VILELLA (folio 5497) señala que no existe una exclusiva de UDER en el mercado de comercialización y afirma que la mayor parte del material que vende es al margen de UDER. Los alegantes consideran que el techo de venta de material por cada socio a las fábricas es fruto del contrato entre UDER y las fábricas mientras que las compensaciones sólo tienen como finalidad la entrega de los volúmenes garantizados contractualmente a los fabricantes.

Respuesta de la Sala de Competencia del Consejo

Esta Sala de Competencia considera que, a la luz de los hechos acreditados, la libertad de comercialización de los socios de UDER alegada por las partes no ha quedado probada. Por el contrario en el expediente se documenta que todos los socios deben cumplir unos compromisos y aportar un mínimo de material recuperado para que UDER disponga del mismo. Así en concreto, en el expediente (folios 687 y 688) se detallan los compromisos de los socios para cumplir con el Protocolo de Comercialización y que demuestran las restricciones que UDER les impone:

- Los socios trasladan 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 tuviera una demanda de material concreta lo pondrá en conocimiento del Consejo con el fin de que aquellos socios que tuvieran disponibilidad del mismo, lo pongan a disposición fijando en todo caso, calidades cantidades y precio.
- 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.

SEXTO.- Alegaciones relativas a la valoración jurídica de la DC

En este apartado, SAICA es la única incoada que comparte plenamente la valoración jurídica realizada por la DC, afirmando que es la principal víctima de las prácticas realizadas por UDER, mientras que VANPAC únicamente recalca que su imputación ha sido posterior a su salida de UDER. El resto de socios y el propio UDER formulan alegaciones contra la valoración jurídica de la PR.

6.1. Inexistencia de alternativas a UDER

La DC plantea como alternativa al esquema seguido por los socios de UDER, la subcontratación de terceros, al ser práctica habitual en este mercado o como tercera alternativa, la división de contratos de carácter nacional en contratos regionales o locales.

Sin embargo, HIJOS DFDEZ (folio 5568, 5572), HNOS FDEZ (folio 5694, 5698, 5699), RUA PAPEL (folio 5520, 5526, 5532), VILELLA (folio 5505), UDER (folios 5202, 5206, 5215, 5223, 5224, 5239) niegan que la subcontratación sea una opción alternativa a la creación de UDER para ganar contratos nacionales por parte recuperadores locales principalmente porque algunos de ellos son empresas familiares y resulta difícil crear una red de contratos para toda España. Apuntan asimismo a la falta de cualificación de sus empleados en determinados casos así como a la complejidad que supone para el generador de residuos gestionar varios contratos con diferentes recuperadores. Según las alegaciones presentadas la opción de un único contrato nacional con un único recuperador es la opción preferida de los grandes generadores.

Por otro lado, tal y como señala S.SOLÍS, algunos generadores como CARREFOUR limitan la subcontratación al 5% de los servicios presupuestados. Además, UDER subcontrata a un socio local una vez adjudicado el contrato con lo que sería muy similar a la subcontratación propuesta por la DC. Niegan también como otra alternativa a UDER la creación de una UTE por su carácter temporal frente a la necesidad de firmar multitud de contratos a largo plazo.

Respuesta de la Sala de Competencia del Consejo

La DC ya afirmó en la Propuesta de Resolución (folio 4345) que la forma habitual de acceder a mercados locales cuando no están presentes en un mercado es la subcontratación de servicios a terceros. HNOS FDEZ viene a afirmar lo mismo en sus alegaciones al PCH (folio 3722):

“Por otro lado, existen recuperadores de cierto tamaño que responden a solicitudes de contratos de recuperación de nivel nacional, como Carpa, FCC o Marepa. Estos recuperadores, dado que no cuentan con una implantación propia fuerte a nivel nacional, basan ampliamente la ejecución de estos contratos nacionales en la subcontratación de recuperadores locales en cada área afectada.”

Como se observa, La subcontratación con empresas locales para hacer frente a las solicitudes de recogida de residuos fuera de aquellos ámbitos donde no posee almacenes o medios propios (transporte) para hacer la recogida es un procedimiento habitual en este mercado. La propia UDER replica internamente un esquema de subcontratación con sus socios, lo que queda corroborado por S. SOLÍS en sus alegaciones al PCH (folio 3545): “*UDER subcontrata los servicios del socio quien factura a UDER por dichos servicios*”. HNOS FDEZ alega básicamente lo mismo (folio 5698). Además UDER también subcontrata a terceras empresas cuando no tiene capacidad operativa en una región determinada.

Incluso en los propios contratos entre UDER y clientes admiten la posibilidad de subcontratación previa comunicación al cliente. Véase, por ejemplo, el contrato con MAKRO (folios 1406-1407), o el contrato con [CONFIDENCIAL] (folio 1591)

También se observa a lo largo del expediente que los generadores nacionales (grandes hipermercados, supermercados, etc. con tiendas en toda España) deciden libremente si firman un único contrato nacional o lo segmentan en contratos regionales en función de las ofertas que reciban por el material recuperado.

Por ello, ante unos menores precios pagados por el material recuperado o mayores costes por prestación de servicio establecidos por una gran empresa como SAICA o CARPA, puede hacer que el generador opte por trocear el contrato en principio asignado en su totalidad a estos grandes operadores entre recuperadores locales si estos ofrecen mejores condiciones. En definitiva, ha quedado acreditado que UDER no es la única alternativa a SAICA, pudiendo competir regional o localmente contra ella porque precisamente la ventaja comparativa en este mercado es la proximidad geográfica, subcontratando en aquellas localidades no tengan presencia. SAICA es una empresa integrada verticalmente que abarca todo el proceso de reciclado por lo que puede ofrecer otros servicios adicionales.

6.2. Ausencia de competencia entre UDER y los socios en el mismo mercado

Las empresas imputadas insisten en sus alegaciones en que UDER y sus socios operan en mercados diferentes.

Según estas alegaciones –en concreto HIJOS DFDEZ (folio 5568, 5569, 5572, 5573, 5574), HNOS FDEZ (folio 5693, 5696 a 5698, 5700 a 5702, 5704, 5706 a 5709), RUA PAPEL (folio 5517 a 5521, 5522, 5524, 5526, 5534), FELIP VILELLA (folio 5479 a 5481, 5488), UDER (folio 5204 a 5211), IRMASOL (folios 5085 a 5096), S.SOLIS (folios 5043 a 5046), ALBA (folio 4940 a 4944, 4966), ISMA (5350 a 5357), UTRAMIC (folio 5603)- 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. De esta forma UDER sólo firma contratos a nivel nacional pero no regionales ni locales mientras que los recuperadores locales no compiten por contratos nacionales.

El grueso de las alegaciones tratan de segmentar el mercado de recuperación en dos mercados, uno suprarregional donde opera UDER, y otro regional o local, no siendo sustituibles desde el punto de vista de la demanda ni de la oferta, sin que tampoco exista competencia entre los operadores de cada mercado.

Las empresas también niegan que UDER firme contratos locales y se reafirman en que los contratos de UDER en el expediente son nacionales negando que 8 de los 11 contratos examinados en el expediente sean locales.

Respuesta de la Sala de Competencia del Consejo

En primer lugar interesa a esta Sala destacar que HNOS FDEZ en sus alegaciones no afirma que los generadores nacionales solicitan siempre un contrato nacional sino solo en ocasiones, siendo sólo en estas ocasiones, las

empresas locales no pueden competir contra MAREPA, SAICA o CARPA. Este argumento es dudoso en la medida en que afirman que solo en ocasiones puede darse el caso de que deseen contratar un recuperador nacional por lo que no es general. HNOS FDEZ llega a reconocer en sus propias alegaciones (folio 5709) que UDER puede prestar servicios locales, aunque no se trate de un servicio nacional, compitiendo en estos casos con sus socios. Esta afirmación pone en duda la pretendida existencia de varios mercados y que UDER opere en uno donde no operan los socios.

Tras analizar los contratos de UDER incorporados al expediente debe observarse que la mayoría de los mismos se desarrollan a nivel local o regional a pesar de las alegaciones en contra (ver contratos en los folios 1398 a 1651):

- En el caso de [CONFIDENCIAL], UDER controlaría 2 de las 5 plataformas logísticas que tiene [CONFIDENCIAL] en España por lo que sólo sería el operador para dos regiones.
- En el caso de [CONFIDENCIAL], a pesar de afirmar que presta servicios a [CONFIDENCIAL] en toda España UDER tan sólo ha remitido contratos con 2 plataformas de las 4 que posee Aldi en España.
- El contrato con LEROY MERLIN hace referencia a un gestor integral pero no dice que sea UDER, al ser un servicio prestado en base a la no exclusividad y tampoco aparecen los centros que se incorporan al contrato.
- Lo mismo se puede decir del contrato con BRICOLAJE BRICOMAN, en ambos casos con la sola diferencia de la denominación social, el contrato limita su ámbito a los centros que se incorporen y expresamente señala que el servicio contratado no se presta en exclusiva (véase folios 1549 y 1534):

...”Es objeto del presente contrato la prestación por parte de LA GESTORA DE RESIDUOS de los servicios de gestión de residuos que se generen en los centros BRICORMAT que se incorporen al presente contrato a partir de la firma del mismo. La prestación del servicio será en régimen de no exclusiva”.

Además, los contratos ponen en evidencia que al final son los centros individuales los que pueden optar tras un año de contrato por resolver el contrato con UDER, renunciando ésta a reclamar por daños y perjuicios, y firmar con cualquier otra empresa del sector bastando un preaviso de 2 meses (folios 1535 y 1550):

“LA GESTORA DE RESIDUOS reconoce expresamente a (...)el derecho de que algunos Centros de los que se puedan incorporar al presente contrato opten, libremente, es decir, en cualquier momento y sin causa justificada, una vez cumplido el primer año de vigencia del presente contrato marco, por resolver la relación contractual con LA GESTORA DE RESIDUOS y, en consecuencia, atribuir la prestación de los servicios prestados por LA GESTORA DE RESIDUOS en el marco del presente contrato a otras empresas del sector, bastando a tal efecto con dirigir a LA GESTORA DE RESIDUOS un preaviso escrito con una antelación mínima de 3 meses a la fecha en que LA GESTORA DE RESIDUOS deba cesar en la prestación de sus servicios”.

- Tampoco presta un servicio nacional a [CONFIDENCIAL] pues este gestiona XX centros comerciales en España (véase [CONFIDENCIAL] donde aparecen todos los centros comerciales gestionados por [CONFIDENCIAL] en España), mientras que UDER sólo presta servicios a dos de ellos: [CONFIDENCIAL] (folio 520).
- En el caso de [CONFIDENCIAL], se trata de una empresa que tiene más de XX tiendas en España mientras que en el contrato con UDER sólo aparecen XX localidades.
- Por otro lado, si bien MAKRO podría ser considerado un contrato nacional, algo que no se ha negado en propuesta de Resolución, los alegantes no hacen mención de los casos de [CONFIDENCIAL] ni del resto de contratos reseñados, lo que puede entenderse como una aceptación de su naturaleza de contratos locales.
- En cuanto al contrato con SGEL, que las empresas consideran como una excepción a la práctica habitual de UDER, debe considerarse una prueba más de la firma por parte de UDER de un contrato local con un generador nacional entrando en competencia con las actividades de sus socios habiéndola utilizado para ganar el contrato y posteriormente sea ejecutado por un socio. Debe subrayarse que el propio HNOS FDEZ llega a reconocer, en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución (folio 5709) que UDER puede prestar servicios locales, aunque no se trate de un servicio nacional, compitiendo en estos casos con sus socios, aunque en la práctica esta competencia no tiene lugar a causa de los pactos y acuerdos entre los socios para evitarla. Esta práctica corrobora y pone en duda la existencia de dos mercados y que UDER opere en uno donde no operan los socios:

“Por otro lado, en relación a los contratos firmados con entidades de carácter local es preciso señalar que los mismos se corresponden con servicios que habrían sido solicitados por los clientes a UDER de forma directa. En este sentido, si UDER recibe una solicitud para la prestación de un servicio a nivel local, UDER presta el servicio igualmente, aunque no se trate de un servicio nacional, compitiendo en estos casos en el mercado local con sus socios.”

6.3. UDER no disciplina la actuación de los socios en mercados locales

Varias empresas –en concreto IRMASOL (folio 5101, 5092, 5093, 5098, 5099), HNOS FDEZ (folio 5731, 5704, 5706, 5707, 5708), FELIP VILELLA (folios 5492 a 5494), RUA (folio 5522, 5535), UDER (folios 5207, 5211, 5237), S.SOLIS (folios 5045, 5051), ALBA (folios 4960, 4970)- niegan que los acuerdos adoptados en el seno de UDER sean utilizados para disciplinar las relaciones entre los socios que pudieran acceder a competir a través de diversas fórmulas en mercados geográficos que no estuvieran en su área de influencia, sino que sólo podrían haber ganado estos contratos a través de UDER por su capacidad para prestar servicios a escala nacional. La Propuesta de Resolución afirmaba (folio 5877) que lo que consiguen los socios con UDER es disciplinar sus relaciones, reduciendo la competencia entre ellos en la recuperación de papel y cartón, e incrementando los precios que cobran por comercializar el papel y cartón recuperado.

Respuesta de la Sala de Competencia del Consejo

A la vista de lo expuesto en el análisis de la alegación anterior esta Sala 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. Es más la utilización de UDER para lograr contratos a escala local o regional queda acreditada en la contratación con el generador nacional SGEL, por el que UDER firma una prestación de servicios a escala regional (folios 619, 620 y 627). El que sea el propio socio el que prepare la oferta para UDER en este contrato (algo que sucede también en otros contratos) y sea el adjudicatario posterior, lo que le permite mantener su contrato esta vez bajo el nombre de UDER.

Por otro, 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.

En el caso de regiones donde no hay presencia de ningún socio, como el País Vasco, existen pactos que disciplinan el acceso por parte de los socios, concretamente un pacto de no competencia en el País Vasco que se concreta en

no establecer infraestructuras en el País Vasco, así como intentar subcontratar siempre los servicios a DESTRUDATOS.

Dicho pacto queda acreditado en dos correos electrónicos ya transcritos anteriormente en los hechos acreditados:

En el primero, de fecha 12 de mayo de 2011, el DG de ALBA indica al resto de socios y al DG de UDER que interpretaba que la no competencia pactada entre ellos suponía no establecer infraestructuras en el País Vasco, así como intentar subcontratar siempre los servicios con DESTRUDATOS (folio 1975)

“Algunos socios de Uder estamos ofreciendo y vendiendo servicios (no solo producciones) a clientes del País Vaso desde hace tiempo; Estos servicios (en mi caso de Destrucción Confidencial) los estamos subcontratando a Destrudatos, y entiendo que favorece a todos. Yo interpretaba que la no competencia, consiste en NO ESTABLECER INFRAESTRUCTURA PROPIA en el País Vaso. Además, intentar subcontratar siempre los servicios a Destrudatos.”

El segundo correo, de fecha 16 de mayo de 2011, demuestra la existencia de discrepancias acerca del papel de DESTRUDATOS en el País Vasco entre los socios de UDER. En este caso RUA indica su oposición a la postura del Director General de UDER, quién le manifestó que no se podía adquirir en el País Vasco material de una empresa distinta a DESTRUDATOS (folio 1977). RUA plantea que una cosa es que haya que utilizar a DESTRUDATOS para prestar servicios a un proveedor y no presentar ofertas a clientes de esa entidad y otra es que no pueda suministrarse nada a terceros.

“...el pasado viernes le pregunté a Rafael, si cualquiera de nuestras empresas puede comprar material en el País Vasco. La respuesta que me da es que no.

Yo no estoy de acuerdo. Una cosa es hacer la competencia a Destrudatos, con lo que estoy absolutamente de acuerdo y otra es cerrar comercialmente un territorio a nuestras empresas. Considero que cualquiera podemos comprar material, p.ej. una partida de blanco 1ª a Jokin, sin hacer la competencia a Destrudatos. Otro tema es que si tenemos que prestar un servicio a algún proveedor, tengamos que utilizar la infraestructura de Destrudatos siempre que esté en consonancia con la realidad del mercado. Tampoco podemos ofertar a proveedores de Destrudatos. Pero nada tiene que ver con limitar la actividad comercial de nuestras empresas en el P.V. mientras no hagamos la competencia a nuestra empresa común.”

6.4. Aplicación del Reglamento 1218/2010: Acuerdos de Producción

Tanto HNOS FDEZ (folio 5705, 5723, 5724 y 5728) como ISMA (folios 5348 a 5349) alegan que la actividad de UDER se encuentra salvaguardada por la aplicación del Reglamento 1218/2010, de aplicación del artículo 101.3 del TFUE a determinadas categorías de acuerdos de especialización⁶,

Para estas empresas UDER es un acuerdo de producción en común que consiste en recoger, adquirir y valorizar el papel de los generadores y proveedores de papel de ámbito nacional con los que UDER contrata. Según estas empresas UDER se ajusta perfectamente en los parámetros establecidos por el reglamento de especialización y por tanto está cubierto por él lo que implica estar exento del artículo 101 del TFUE a condición de que la cuota combinada en el mercado de las partes no exceda el 20% de cualquier mercado de referencia, lo que se cumple en el caso de UDER. No se dan restricciones especialmente graves en el seno de UDER y por tanto resulta de aplicación el artículo 4 del Reglamento. HNOS FDEZ considera también que DESTRU DATOS es un medio de producción común que los socios ponen a disposición de UDER para realizar la producción en común y que entra dentro del ámbito del Reglamento 1218/2010 sobre acuerdos de especialización.

Respuesta de la Sala de Competencia del Consejo

A la vista de los hechos analizados en el expediente, esta Sala no puede aceptar la aplicación del Reglamento 1218/2010 pretendida por HNOS FDEZ e ISAM esta afirmación por cuanto no es cierto que a través de UDER no se fijen los precios ni en el caso de la recuperación ni en el caso de la comercialización. En el primer caso, el escandallo de costes fija los importes que recibe de UDER el socio por el servicio prestado, mientras que el precio pagado por los materiales recuperados son fijados por el Consejo de UDER que en la práctica está formada por los socios que coordinadamente con el DG de UDER establecen los precios de compra.

En segundo lugar, en cuanto a la comercialización de los materiales, el DG de UDER junto con los socios de forma coordinada fija los precios a los que se venden los materiales a las fábricas. El Consejo de Administración formado por los socios son los que discuten junto con el DG de UDER y deciden el precio unitario al que deberá comercializarse el producto.

⁶ Reglamento (UE) nº 1218/2010 de la Comisión, de 14 de diciembre de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de especialización.

Pero es que además, el expediente acredita la existencia de intercambios de información sensible, pactos de no competencia, y reparto de mercado, a través del procedimiento de adjudicación y, no sólo como afirma HNOS FDEZ, por cercanía geográfica, sino también las rotaciones periódicas de adjudicaciones a socios cuando hay solapamiento entre socios próximos entre sí, que constituyen una renuncia total a competir a través de un claro reparto del mercado. El Reglamento 1218/2010 establece en el artículo 4 que no se aplicará la exención del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de especialización que tengan por objeto la fijación de precios de venta, la limitación de la producción o las ventas o el reparto de mercados o clientes. A la vista de lo expuesto en anteriores alegaciones la Sala no puede sino concluir que no es posible aplicar la exención establecida en el Reglamento 1218/2010 en este expediente porque existen restricciones especialmente graves como la fijación de precios, el reparto de mercados y de clientes y los pactos de no competencia.

6.5. Exención por aplicación del artículo 1.3 de la LDC

UDER (folios 5230 a 5238), HNOS FDEZ (folio 5693, 5731, 5732, 5735) IRMASOL (folios 5103, 5108 a 5111), ALBA (folios 4965, 4980 a 4981), RUA (folio 5530 a 5535), S.SOLÍS (folio 5057) y VILELLA (folios 5481, 5482, 5486), defienden, como ya afirmaron frente al PCH, que cualquier restricción a la competencia contraria al artículo 1 de la LDC se beneficiaría de la exención del apartado 1.3 de la LDC. Mencionan en apoyo de sus tesis el párrafo 240 de las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal:

“Poder de Mercado

240. Los acuerdos de comercialización entre competidores sólo 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. “

Las empresas también recuerdan que la cuota de mercado conjunta de UDER es inferior al 15%. Asimismo, y de acuerdo con el artículo 1.3 de la LDC, analizan el cumplimiento de las cuatro condiciones cumulativas. En concreto las conclusiones de la “Nota Económica en relación a la Propuesta de Resolución de la CNMC” presentada por UDER (folios 5250 a 5262) abordan esta posible aplicación del artículo 1.3 LDC:

1. Contribución a la mejora de la producción o distribución de bienes o a la promoción del avance económico o técnico: En general, las partes alegan

que con la constitución de UDER se crea un nuevo operador que ejerce una presión competitiva sobre SAICA, FCC y CARPA, logrando contratos nacionales de recuperación, lo que implica mayor volumen de residuos recogidos y menores costes medios. Citan a su favor la Decisión de la Comisión de 3 de marzo de 1999, Asunto TPS, IV/36.237, para afirmar que la Comisión Europea ha concluido que la promoción de la competencia que suponía la mera creación de un operador adicional ya supone una eficiencia suficiente para justificar un acuerdo restrictivo. Por otro lado en el ámbito de la comercialización citan como logro la creación de un nuevo contrato a largo plazo.

2. Los consumidores perciben una cuota justa de los beneficios resultantes. El escaso poder de mercado del conjunto de los socios de UDER garantiza que las eficiencias sean trasladadas a los consumidores, los generadores tienen alternativas a SAICA y los fabricantes se benefician de contratos garantizados a largo plazo. Los fabricantes pagan un precio mayor por el mayor volumen y garantía de entrega que ofrece UDER.
3. No se imponen restricciones no indispensables las empresas consideran que debe analizarse el acuerdo o la restricción generan mayores eficiencias que las existentes en su ausencia, de acuerdo con el párrafo 74 de las *Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado* (DOUE C101/97, 27.04.2004). En este caso consideran que UDER responde a un fin procompetitivo y en cuanto a las supuestas restricciones son necesarias para el funcionamiento fluido de UDER tanto para negociar con posibles clientes como para asegurar el cumplimiento de los contratos de suministro.
4. No hay posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados siguiendo el párrafo 107 de las *Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado*. UDER supone un incremento en la competencia en un mercado monopolizado por SAICA. Niegan también que los socios puedan beneficiarse del poder de mercado de UDER en su mercado local y también niegan la alternativa de trocear los contratos.

Respuesta de la Sala de Competencia del Consejo

Para responder esta alegación la Sala de Competencia del Consejo debe analizar el cumplimiento de las cuatro condiciones cumulativas exigidas por el apartado 3 de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE para quedar exentos de aplicación del artículo 1 de la LDC:

Con respecto los beneficios derivados de la creación de UDER al ser un nuevo agente que compite contra SAICA y otros operadores, en anteriores alegaciones se ha subrayado –siguiendo el análisis desarrollado por la DC- que existen alternativas para competir contra SAICA que aportan similares beneficios a UDER pero sin incurrir en restricciones a la competencia tan graves.

Ante esta constatación, los nuevos argumentos que aporta UDER en sus alegaciones no resultan convincentes. En primer lugar, por cuanto se entiende que el cumplimiento de las Leyes medioambientales se daría independientemente de si se firma uno o varios contratos. También son dudosas las mejoras en la gestión y administración que se esgrimen, a juzgar por los numerosos problemas documentados en el expediente que se producen entre UDER y los fabricantes debidos a las dificultades que tiene el Director General de UDER para hacer cumplir los compromisos de cada socio. Además dado que las fábricas no tienen como único proveedor a UDER, es evidente que el suministro a través de varios proveedores es una operativa habitual de las fábricas.

Además, como se ha visto anteriormente, tampoco resulta cierto que UDER contrate enteramente a escala nacional, sino que muchos de sus contratos son locales o adjudicaciones de partes de contratos nacionales. Como se ha visto en el análisis de los contratos algunos son puramente locales mientras que los que en principio se consideran nacionales en muchos casos UDER no abarca toda la geografía nacional sino mercados locales.

En relación con el precedente alegado en relación a la mejora de la producción (la Decisión de la Comisión sobre el Asunto IV/36.237, TPS) la Sala no considera posible aceptar su aplicación al presente expediente dadas sus evidentes diferencias. En el caso alegado como precedente los accionistas de TPS operaban en el mercado de la televisión de libre acceso, mientras que TPS, la nueva sociedad creada operaba en la televisión de pago, dos mercados claramente diferenciados mientras que es evidente que la propia TPS supone una mejora técnica y ampliación de la oferta al ser una nueva plataforma en el mercado de la televisión de pago y que generó una mejora de la producción a través de la creación de una nueva oferta de programas y servicios de pago.

En cuanto a la afirmación sobre la percepción por los consumidores de una cuota justa en los beneficios aportados por la creación de UDER, la Sala considera que en las alegaciones no hay ningún análisis que justifique esta afirmación. Por el contrario, la creación de UDER ha supuesto un incremento de los precios pagados por fabricantes de papel y cartón que firmaron contrato con UDER, tal y como expresamente menciona la Nota Económica en relación a la Propuesta de Resolución (folio 5258):

“...cabe mencionar que aunque las fábricas de papel consideren que su relación con UDER tiene ciertos aspectos negativos (incumplimientos, mayores precios, etc.)”.

No resulta convincente ni es asumible que este mayor precio sea debido a una mejora en la administración y gestión, así como resultado de los beneficios de un contrato único, sino que más bien parece que los socios de UDER se benefician de ello por plantear una oferta conjunta a estas fábricas a mayores precios que la alternativa de ofertar individualmente.

Por ejemplo, el contrato con SMURFITT-KAPPA (folios 1637 a 1651) contiene una cláusula por la cual el fabricante puede ceder el contrato firmado con UDER a alguna de las empresas del grupo (folio 1642) por lo que en este caso ya se prevé que el suministrador pueda variar. Estos contratos no son exclusivos, por lo que las fábricas pueden trabajar con múltiples suministradores. En ambos casos, PAPERESA y SMURFITT KAPPA (folios 1642 y 1655) las fábricas aceptan que UDER pueda utilizar cualquier empresa para realizar el suministro con tal de que los materiales se depositen en el lugar pactado. En definitiva, los contratos no aseguran tampoco que sea el propio UDER el que efectivamente realice el suministro.

En tercer lugar, las partes afirman que con UDER no se imponen restricciones no indispensables y no hay posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados. Pero ya se ha examinado en otros apartados las restricciones impuestas asociadas con la creación de UDER van más allá de lo necesario o indispensable, en especial cuando existen otras alternativas a UDER menos restrictivas a la competencia que el propio UDER.

En cuarto lugar, en relación al incremento de la competencia generado por UDER, nuevamente hay que mencionar que su creación ha afectado a otras empresas de mediano tamaño que quedan fuera de los contratos posiblemente por las conductas de UDER. Tampoco la Sala puede aceptar la afirmación de que en el seno de UDER los socios actúen con plena independencia sino que actúan concertada y de forma coordinada por la gerencia de UDER. Esto conlleva a que existan serias dudas a que UDER genere más competencia por cuanto al final se trata de una mera agrupación de agentes, pero que no aportan una mejora o avance tecnológico relevante.

Finalmente, la Nota Económica en relación a la Propuesta de Resolución de la CNMC aportada por UDER (folios 5250-5262), concluye que la entrada de UDER en el mercado de recuperación ha supuesto un aumento del nivel de competencia, ha generado efectos procompetitivos sobre el mismo y ha permitido

el aprovechamiento de economías de escala materializados en mayores precios percibidos por los generadores y mayores garantías para los fabricantes de papel.

No obstante, este Sala de Competencia entiende que estas eficiencias supuestamente generadas por UDER no pueden ser consideradas relevantes, por cuanto en generación tan sólo puede aportar un ahorro de costes de gestión y administración y en el marco de la comercialización no se puede aceptar que UDER mantenga una garantía de producto estable a lo largo del tiempo para los fabricantes dadas las numerosos incumplimientos de UDER. Por el contrario se han documentado en el expediente numerosas discusiones y requerimientos en el seno de UDER para conseguir que los socios aportaran el producto comprometido. Finalmente, las fábricas de papel deben pagar un precio mayor por contratar con UDER lo que parece ser más un coste que una ganancia para ellos.

6.6. UDER como acuerdo de comercialización

HNOS FDEZ (folio 5716) defiende que UDER es una sociedad autónoma e independiente de sus socios, que también pueden o no comercializar a través de UDER y con capacidad para firmar contratos de gran volumen y a largo plazo. VILELLA (folio 5495) y ALBA (folio 4943) consideran que es imposible que un solo recuperador pueda comprometerse con un cliente con las necesidades de SMURFITT – KAPPA o PAPRESA.

Por su parte UDER (folio 5213 y 5214) resta importancia a las propuestas individuales de los socios al margen de la estrategia de UDER, como la oferta de RECICLAJES DOLAF a SMURFITT KAPPA o el caso [CONFIDENCIAL]. Sostienen que suponen sólo un hecho puntual que no prueba que los socios controlen la política comercial de UDER en la que además no se intercambia información sensible.

Respuesta de la Sala de Competencia del Consejo

Como se ha examinado en el expediente los socios se ven obligados a mantener una cantidad de material a disposición de UDER para cumplir con los contratos vigentes. Tal y como menciona HNOS FDEZ en sus alegaciones (folio 5718), los socios deben aportar una cantidad a UDER para que pueda cumplir con sus contratos, además los incumplimientos de los socios generan responsabilidades con UDER. Debe subrayarse que los socios deben aportar material para que UDER pueda cumplir con los compromisos con las fábricas, por lo que genera problemas entre UDER y los socios que se muestran en ocasiones renuentes a participar por la fijación de unos precios inferiores a los que podrían obtener de forma independiente en el mercado (folio 2089, 2094, 2095).

En cuanto al caso [CONFIDENCIAL] (folio 2098 y 2099), las negociaciones son un intento de evitar que [CONFIDENCIAL] compita contra los socios por lo que utilizan a UDER para alcanzar un pacto de no competencia con [CONFIDENCIAL]. También en el folio 2088 se deduce que UDER aplica un precio mayor a PAPRESA que beneficia a los socios.

Los pactos alcanzados por los socios en el seno de UDER impiden a PAPRESA contratar con un socio al margen de UDER por lo que PAPRESA no tiene más remedio que aceptar un precio mayor de UDER. Además el propio contrato con PAPRESA lleva una cláusula de reciprocidad, donde se establece (folio 1657) que UDER no venderá más barato que los precios que se pactan con PAPRESA, ni a la competencia de esta última, ni en la zona Vasco/Navarra. PAPRESA no comprará más caro, a nivel nacional, que los precios que se pactan con UDER.

Esto implica que el contrato condiciona y limita a los socios por cuanto deben suministrar una cantidad regular a PAPRESA a un precio pero no pueden libremente actuar en el mercado si observan una oportunidad.

En cuanto a la información intercambiada por los socios en la comercialización no solamente es la afirmada por HNOS FDEZ (Folio 5723) sino los compromisos de cada socio y su grado de cumplimiento, así como todos los problemas e incumplimientos de cada socio respecto al cliente además de las cantidades disponibles y precio que ofrecen a PAPRESA.

6.7. Afectación al intercambio entre EEMM: Aplicabilidad del artículo 101 del TFUE

S.SOLÍS (folio 5054 y 5055) considera que debería aplicarse el artículo 101 del TFUE en este expediente además de la LDC dado que los socios de UDER realizan ventas fuera de España en un volumen considerable, como es el caso de S.SOLÍS o ALBA, lo que afectaría al mercado intracomunitario.

Respuesta de la Sala de Competencia del Consejo

En este sentido, el Consejo, en su reunión de 24 de julio de 2014, teniendo en cuenta que las conductas imputadas pueden afectar a los intercambios intracomunitarios, considera que las mismas son susceptibles de infringir no sólo el artículo 1 de la LDC sino también el artículo 101 del TFUE.

Y a la vista de los datos, se observa el papel que juega el comercio exterior en el mercado de papel y cartón recuperado en España, siendo deficitaria en papel recuperado. La mayoría de las importaciones españolas provienen de la UE, siendo Francia la principal fuente de papel recuperado.

PAPEL PARA RECICLAR EN MILES DE TONELADAS							
Fuente: http://www.aspapel.es/el-sector/datos-generales y http://www.repacar.org/noticias/noticias.asp?id=329							
	Recogida	Importación (UE %)	Exportación (UE%)	Consumo	Tasa recogida	Tasa utilización	Tasa reciclaje
2012	4.551,7	1.226,3 (99,7%)	709,9 (29%)	5.068,1	73,9%	82,1%	82,3%
2013	4.251	1,545 (99%)	666 (32%)	5.130	70%	84%	84,5%

Como hemos visto la cuota de UDER sobre el total comercializado en España es de un 14% en 2012 y UDER aproximadamente representa un 20% de las exportaciones totales de España.

A pesar de aplicar el artículo 101 del TFUE, esto tampoco alteraría las conclusiones del expediente porque aplicando el artículo 101 del TFUE, el acuerdo también constituye prácticas englobadas en el apartado 1 del artículo 101 del TFUE y se habrían impuesto restricciones que no son indispensables para la consecución de los objetivos, sin que resulten de aplicación las exenciones de la normativa.

6.8. Inexistencia de restricciones por objeto y efecto: Aplicación de las Directrices Horizontales

Con carácter general varias de las empresas imputadas –en concreto ISMA (folio 5381 a 5388), HNOS FDEZ (folio 5728 a 5732), HIJOS DFDEZ (folio 5573), RUA PAPEL (folios 5525 a 5529), UDER (folios 5222 a 5228)- centran buena parte de sus alegaciones en defender que UDER puede ser considerado un acuerdo de comercialización conjunta necesario para acceder a un nuevo mercado, amparado por el párrafo 237 de las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal (D.O. C011 de 14-01-2011) y, por ello, fuera de aplicación del artículo 1 de la LDC.

En apoyo de esta postura citan varios precedentes relativos a consorcios entre empresas tanto procedentes de la Comisión Europea (Decisión de 24 de octubre de 1988, IV/32.437/8 - Eurotunnel) como de anteriores autoridades nacionales de (las Resoluciones del TDC R 504/01 de fecha 20-01-2003 -Expediente Terapias Respiratorias Domiciliarias y R 614/04 de fecha 31-05-2005, y S/0014/07, Gestión de Residuos Sanitarios de fecha 18-01-2010).

Según HNOS FDEZ (folio 5734), IRMASOL (folio 5100) y RUA (folio 5530), UDER actúa como una marca común que atiende a una demanda específica que solicita un servicio diferente, no afecta a la independencia de sus miembros para competir por sus clientes locales, dispone de personal y activos, incrementa economías de escala y permite el acceso de UDER a un mercado antes cerrado.

Los alegantes consideran que la creación de UDER no implica restricción a la competencia por objeto, de acuerdo con el párrafo 25 de las Directrices Horizontales que establece: *“según la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para apreciar el carácter contrario a la competencia de un acuerdo, procede examinar particularmente su contenido, la finalidad objetiva que pretende alcanzar, así como el contexto económico y jurídico en que se inscribe. Además, si bien la intención de las partes no constituye un elemento necesario para determinar el carácter contrario a la competencia de un acuerdo, nada impide a la Comisión tenerla en cuenta en su análisis (8). Las Directrices Generales ofrecen una mayor orientación por lo que se refiere al concepto de restricción de la competencia por su objeto”*.

Igualmente consideran que UDER tampoco supone una restricción a la competencia por sus efectos, según lo establecido en el párrafo 33 de las Directrices Horizontales que establece que

“Los acuerdos de cooperación horizontal pueden limitar la competencia de varias maneras. El acuerdo puede:

- *ser exclusivo en el sentido de que limita la posibilidad de las partes de competir entre sí o con terceros como operadores económicos independientes o como partes de otros acuerdos competidores;*
- *obligar a las partes a aportar unos activos tales que su capacidad decisoria independiente se reduzca sensiblemente; o*
- *afectar a los intereses financieros de las partes de tal manera que su capacidad decisoria independiente se reduzca sensiblemente.*

Tanto los intereses financieros en el acuerdo como los intereses financieros en otras partes del acuerdo son pertinentes para la evaluación.”

En todo caso consideran que, dado que las cuotas de mercado conjuntas de los socios se sitúan por debajo del 15%, UDER como acuerdo de comercialización se beneficiaría de la salvaguardia del párrafo 240 de las directrices horizontales que establece este umbral mínimo:

“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.”

Respuesta de la Sala de Competencia del Consejo

Las referencias a las Directrices Horizontales efectuadas por las alegantes para amparar la legalidad de las prácticas investigadas no puede aceptarse en los términos expuestos ya que las propias Directrices en otros apartados, como el párrafo 238, señalan claramente 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.”*

En opinión de esta Sala esta 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”

Por otra parte para la aplicación de la Comunicación de minimis⁷ no puede obviarse que los socios de UDER son competidores, por lo que la Comunicación exige que el umbral de cuota de mercado conjunta de las partes no exceda el 10% (párrafo 7 (a) de la Comunicación), umbral de cuota de mercado que supera UDER.

En cuanto a los precedentes citados en las alegaciones, esta Sala no los considera aplicables al caso investigado. En lo relativo al Expediente Terapias Respiratorias Domiciliarias (Expt. R 614/04, Terapias Respiratorias Domiciliarias 2 de fecha 31-05-2005), no puede aceptarse su aplicación al presente caso dado

⁷ Actualmente, Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Comunicación de minimis). 2014/C 291/01. DOUE 30.8.2014

que dicho expediente valoraba la compatibilidad con la normativa de defensa de la competencia de la presentación de varias ofertas en consorcio o UTE en licitaciones públicas de equipamiento hospitalario, actividad muy diferente de la investigada en el presente expediente. En todo caso se consideró que una UTE era incapaz de afectar a la competencia cuando: *“Sólo cuando las empresas concertadas carecieran de la capacidad suficiente para alcanzar por sí mismas el objeto de la licitación y no pudieran concurrir a ella de forma individual, podría establecerse que no hay afectación de la competencia”*.

Debe subrayarse, en todo caso, que se trata de licitaciones públicas de equipamiento que no tienen ninguna conexión con el mercado analizado en este expediente.

En el otro expediente señalado por las alegantes (S/0014/07 Gestión de Residuos Sanitarios) varias empresas fueron sancionadas por concertar pactos anticompetitivos que suponían un reparto de clientes públicos del mercado de gestión de residuos sanitarios, así como un pacto de no competencia por excluir a una empresa de dicho mercado. En su revisión del caso Audiencia Nacional dejó sin efecto la sanción correspondiente a la segunda infracción y también minoró la sanción de la primera por no haberse acreditado los efectos de la misma pero mantuvo, en el primer caso, que se trataba de una infracción muy grave de la LDC. Debe señalarse asimismo que el expediente apuntado tampoco resulta un caso comparable a las conductas investigadas en el presente expediente por cuanto en S/0014/07 Gestión de Residuos Sanitarios efectivamente hubo una concentración y la discusión se centró en determinar si el pacto de no competencia incorporado al acuerdo de compra venta de ATHISA por parte de CESPÁ cumplía los requisitos para ser una restricción accesoría.

El Consejo tampoco considera que la Decisión de la Comisión de 24 de octubre de 1988, (IV/32.437/8 – *Eurotunnel*) sea equiparable con las conductas investigadas en el presente expediente ya que en dicha decisión se analizó la constitución de un consorcio entre dos constructores para la construcción del Eurotunnel en el canal de la Mancha, obra de ingeniería que requería un gran volumen de recursos y medios para ejecutarse. Como señaló el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de Diciembre de 2006 (en relación a la resolución del extinto TDC de 25 de octubre de 2000, recaída en el expediente 476/99, Agencias de Viaje): *“el examen de las dos decisiones de la Comisión Europea que se aducen (Eurotunnel y Consorcio ECR 900) evidencian una completa diferencia de supuestos respecto al presente, ya que se trata en ambos casos de supuestos de concurrencia conjunta mediante un acuerdo previo de cooperación notificado a la Comisión para su examen. En ninguno de ambos supuestos se dan las circunstancias de hecho del presente caso y a las que nos hemos referido ampliamente en cuanto a su relevancia y significado para el derecho de la competencia”*.

Y añade el Tribunal Supremo en la misma sentencia: *“una cosa es la mayor o menor dificultad que el cumplimiento del programa o de uno de sus lotes pudieran ocasionar a cualquiera de las empresas sancionadas, y otra que la respuesta a dicha dificultad pasase inevitablemente por unos acuerdos claramente restrictivos de la competencia como los celebrados entre las empresas licitadoras. Como puede verse en el último párrafo transcrito de la Comunicación de la Comisión Europea de 1.968, la asociación entre competidores sólo resulta admisible cuando constituya el único procedimiento para formular ofertas interesantes. Sin embargo, la posibilidad, a la que se refiere la Sentencia recurrida, de que las empresas que hubieran obtenido alguno de los lotes en un concurso competitivo hubieran podido concertar con posterioridad al concurso y con transparencia aspectos específicos de la ejecución del programa licitado, evidencia la falta de fundamento de este motivo.”*

Como requiere el Tribunal Supremo en la sentencia citada, a lo largo del expediente se ha acreditado que la asociación entre competidores que supone la creación de UDER no es el único procedimiento para formular ofertas en los mercados afectados.

6.9. Inexistencia de poder de mercado de UDER

En relación con alegaciones anteriores varias de las empresas investigadas –en concreto UDER (folio 5244), HNOS FDEZ (folio 5702 y 5703), IRMASOL (folios 5096 a 5097), S.SOLÍS (folio 5046) y ALBA (folio 4941, 4956, 4981 a 4982)- se refieren a la posición de UDER y sus socios en los mercados relevantes, considerando que su cuota de mercado es inferior a la establecida por la DC en la Propuesta de Resolución.

Las empresas basan esta alegación en diversos motivos. Así se considera que la cuota de UDER no corresponde a la suma de las individuales de cada socio más la de UDER. En otras ocasiones abogan por la exclusión de los tránsitos o por deducir las exportaciones a cada cuota individual. Asimismo alegan que el mercado relevante es más amplio que el nacional, situándolo a escala EEE o mundial, lo que convertiría las cuotas de mercado de las imputadas y de UDER en insignificantes.

Además, HNOS FDEZ (folio 5736), RUA (folio 5527) y UDER (folio 5226), consideran que UDER cumpliría tanto el artículo 1 del RDC como con el párrafo 7 de la Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (Comunicación de minimis) pues en el caso de empresas no competidoras el umbral de cuota conjunta de las partes no debe exceder el 15% lo que cumple UDER.

Respuesta de la Sala de Competencia del Consejo

En cuanto a estas alegaciones relativas al tamaño de la cuota de mercado de UDER, el Consejo coincide con la apreciación de la Propuesta de Resolución al respecto, considerando que la creación de UDER ha provocado beneficios no sólo a través de las cantidades comercializadas y recuperadas canalizadas por UDER sino por otras muchas surgidas a raíz de la creación de la sociedad. Es por ello que considera correcto contabilizar la totalidad de las cuotas de los socios más la de UDER para determinar esta cuota.

En cuanto a la inclusión de los tránsitos, nuevamente el Consejo considera que las cuotas de mercado proceden de la documentación remitida por cada empresa (folios 2530 a 2714) mientras que no acepta que haya que detraer los tránsitos de las cuotas que aparecen en el cuadro. Tal y como explica HNOS FDEZ en sus alegaciones a la propuesta de resolución (folio 5702), los tránsitos son residuos de papel y cartón recogidos y tratados por un recogedor concreto y vendidos a otro recogedor ya como papel y cartón recuperado quien los comercializa. De acuerdo con esta definición es una actividad que guarda gran similitud con la subcontratación de actividades de recuperación realizadas por otra empresa distinta al socio, algo que es habitual en este sector. Por todo ello, el Consejo considera que puede ser incluido como parte de la actividad normal de una empresa recuperadora.

En cuanto a la solicitud de excluir y restar las exportaciones de las cuotas de cada socio, debe subrayarse que aceptar esa solicitud haría igualmente necesario sumar las importaciones de cada socio para tener en cuenta los resultados de cada socio en el comercio exterior de papel y cartón. No obstante, incluso sin añadir las importaciones y restando exclusivamente las exportaciones, la cuota para 2011 y 2012 de UDER se encuentra en torno al 12%, es decir por encima del umbral establecido en la Comunicación de minimis que ha sido alegado por las partes.

En definitiva, el Consejo considera que las alegaciones no afectan a las conclusiones de la Propuesta de Resolución, señalando además que 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.

6.10. UDER como central de ventas: Restricciones accesorias

Varias empresas –en concreto HNOS FDEZ (folio 5716), FELIP VILELLA (folio 5485), IRMASOL (folio 5107, 5109) y ALBA (folio 4961)- también defienden que UDER es una sociedad autónoma e independiente de sus socios configurada como una central de ventas con capacidad para firmar contratos de gran volumen y a largo plazo logrando mayores precios a las fábricas de papel gracias al mayor plazo del contrato lo que permite mayores eficiencias y aprovechamiento de las economías de escala.

Además, consideran que la cooperación a través de UDER es un acuerdo procompetitivo que no es de aplicación el artículo 1 de la LDC y que debe analizarse desde la perspectiva de la doctrina de las restricciones accesorias considerando que las restricciones que se establecen en el seno de UDER, en concreto, el sistema de adjudicación de los servicios de recuperación, el escandallo de costes y el protocolo para la comercialización son necesarias y proporcionadas para la realización de la actividad de UDER. Citan en su apoyo la sentencia del Tribunal General de 24 de mayo de 2012 (asunto T-111/08, MasterCard, Inc., y otros contra Comisión Europea) así como la Sentencia del TPI de 18 de Septiembre de 2001 (asunto T -112/99, Métropole télévision (M6) y otros contra Comisión Europea)

Las empresas alegantes consideran que las conductas investigadas deben ser consideradas restricciones accesorias, dado que las conductas son necesarias (que no imprescindibles) para la realización de la operación principal (la constitución y puesta en funcionamiento de UDER), y no han excedido en lo necesario para la consecución del fin legítimo.

Respuesta de la Sala de Competencia del Consejo

En las alegaciones que defienden la consideración de UDER como central de ventas, las empresas estiman que UDER se asemeja al ejemplo descrito en el párrafo 252 de las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal (2011/C 11/01).

En este sentido, debe subrayarse que estas mismas Directrices establecen (párrafo 237) que no es probable que un acuerdo de comercialización suscite problemas de competencia si es objetivamente necesario para que una parte pueda introducirse en un mercado. Sin embargo ya se ha examinado anteriormente que el funcionamiento de UDER descrito en el expediente no es necesario para lograr este objetivo y que se ha examinado la existencia de otras alternativas para alcanzarlo. El análisis efectuado en el expediente demuestra que UDER actúa como un mecanismo para suprimir la competencia entre empresas,

fijando precios y restringiendo el volumen de ventas de las mismas, sirviendo también como instrumento para repartir o compartimentar el mercado. Todas estas restricciones, reiteradamente examinadas en la presente resolución y también en el expediente, no resultan necesarias para realizar las operaciones que realiza UDER y alcanzar los objetivos pretendidos ya que existen alternativas menos dañinas a la competencia. Debe destacarse que hay precedentes europeos (IV/33.016-ANSAC, IV/29.672 – Floral) donde se sancionan infracciones del artículo 1.1 de la LDC o 101.1 del TFUE ejecutadas por centrales de comercialización, que no son susceptibles de quedar exentos por el artículo 101.3 del TFUE.

Con respecto a las alegaciones relativas a utilizar la doctrina de las restricciones accesorias este Consejo debe destacar en primer lugar que para que esta doctrina sea aplicable es necesario que exista una concentración. En el presente caso, al no ser UDER una empresa en participación con plenas funciones, no es posible aplicar directamente los criterios interpretativos establecidos en la Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin (2005/C 56/03)⁸. Igualmente debe subrayarse que para considerar que los acuerdos sean restricciones accesorias deben estar directamente vinculadas a la realización de una operación principal y ser necesarias a tal efecto. En el caso de UDER, no puede aceptarse que los acuerdos, pactos, intercambios de información y fijación de precios entre los socios sean estrictamente necesarios para la creación de UDER por lo que no podrían entenderse en ningún caso como restricciones accesorias.

Asimismo, debe destacarse la falta de similitud de los asuntos analizados en las sentencias alegadas como precedentes o ejemplos por las empresas investigadas (Sentencias del TG de 24 de Mayo de 2012 Asunto T-111/08, Mastercard Inc. y del TPI de 18 de Septiembre de 2001, M6 y otros/Comisión) con las conductas investigadas en el presente expediente. Así, en el asunto T-111/08 Mastercard la Comisión Europea consideró contrarias a la competencia las tasas multilaterales de intercambio (TMI) aplicadas dentro del sistema de pago con tarjetas MasterCard, decisión que fue confirmada por el Tribunal General en la citada sentencia de 24 de mayo de 2012 rechazando que las restricciones a la competencia fuesen objetivamente necesarias para el funcionamiento del sistema de pagos Mastercard. Por su parte en la de 18 de Septiembre de 2001 (asunto T-112/99, Métropole télévision (M6) y otros contra Comisión Europea), el TPI rechazó que las restricciones a la competencia sancionadas fuesen accesorias al no ser necesarias y considerarse desproporcionadas en relación con la operación principal.

⁸ En base a la Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin (2005/C56/03).

Finalmente, en el hipotético caso de que los pactos y acuerdos alcanzados en el seno de UDER pudieran ser considerados como restricciones accesorias, tales restricciones habrían de tener un periodo de duración determinado, algo que no aparece en la documentación sobre UDER aportada al expediente. Si se considera que la duración máxima de las cláusulas inhibitorias a la competencia no pueden superar tres años y las obligaciones de compra y suministro solo alcanzan cinco años como máximo, las restricciones accesorias pretendidas por las partes habrían expirado y UDER debería haber cancelado todas las cláusulas inhibitorias a la competencia (sistema de adjudicación de servicios de recuperación, escandallo de costes, protocolo para la comercialización).

SÉPTIMO.- Valoración de la Sala de Competencia del Consejo

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 realiza 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.

OCTAVO.- DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

8.1. Responsabilidad de las empresas.

La responsabilidad de las empresas a las que hace referencia el Fundamento de Derecho Tercero de la presente Resolución resulta, a juicio de esta Sala, incuestionable a tenor de los hechos acreditados y las pruebas y otros elementos de juicio contenidos en el expediente aquí resuelto, por lo que la Sala se muestra conforme con la imputación de responsabilidad realizada por la DC en su propuesta de resolución.

Por otra parte, en lo que se refiere a UDER como empresa participada por el resto de los imputados, ha quedado acreditado que ha jugado un papel fundamental en la creación, organización y funcionamiento del acuerdo de precios. UDER, con el impulso de su Director General y de su Consejo de Administración, convocó todas las sesiones desde noviembre de 2007 hasta noviembre de 2012, lideró dichas reuniones y facilitó la adopción de los acuerdos para la fijación de precios y otras condiciones comerciales tratando de conseguir su cumplimiento por parte de todos los asociados. En relación a la actuación relativa a los intercambios de información, UDER, del mismo modo, a través de su Dirección General, desempeñó un papel determinante y activo mediante el reparto entre sus socios de los precios ofertados por los mismos.

Habiendo quedado acreditadas y calificadas las conductas contrarias a la LDC, el artículo 63.1 de la LDC condiciona el ejercicio de la potestad sancionadora en materia de multas por parte de la Autoridad de Competencia a la concurrencia en el sujeto infractor de dolo o negligencia en la realización de la conducta imputada. Pues bien, la Sala considera que ha quedado acreditado que las empresas conocían y eran conscientes de la ilicitud de las conductas llevadas a cabo.

En relación con la conducta que termina concretándose en el reparto de actividades y clientes, intercambio de información sensible y la concertación de precios, varios son los elementos que evidencian este comportamiento consciente de las partes. Así, el carácter secreto de los acuerdos adoptados en el seno del denominado “club”, la negativa de algunas empresas a que el reparto efectuado al inicio de un contrato se perpetuara en el tiempo, la imposición de sanciones por no respetar los pactos, o la duración de las conductas, son elementos suficientes para considerar la existencia de una actuación consciente y querida por las partes sin que pueda apreciarse el desconocimiento del comportamiento ilícito por ninguna de las empresas.

Todo ello permite apuntar a una responsabilidad a título de dolo, y no de negligencia o de simple inobservancia.

8.2. Criterios para la determinación de la multa y ley aplicable

La fecha de creación de UDER, según su escritura de constitución (folios 525 a 560) fue el 17 de julio de 2007. Sin embargo, el inmediato periodo vacacional y el

hecho de que la primera reunión del Consejo de Administración de la nueva sociedad no tuvo lugar hasta noviembre de 2007 obligan a considerar que la totalidad de la infracción imputada ha tenido lugar durante la vigencia de la Ley 15/2007, de defensa de la competencia, cuya entrada en vigor se produjo, según ordena el apartado 1 de su disposición adicional tercera, el 1 de septiembre de 2007, siendo esta la legislación aplicable.

No obstante, incluso si se considerase que la constitución de UDER (el 17 de julio de 2007) obliga a considerar que la infracción es una conducta continuada desarrollada bajo la Ley 16/1989 primero y la LDC después (alegación que ninguna empresa ha realizado), de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 128 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se ha de aplicar una de las dos normas, debiendo optarse, conforme a los principios de irretroactividad de la norma sancionadora más desfavorable y de retroactividad de la más favorable para los infractores, por aquella que resulte más beneficiosa para ellos.

Pues bien, de acuerdo con la SAN de 2 de abril de 2014, en el caso de infracciones muy graves como la investigada en el expediente, ambas leyes sancionan exactamente las mismas conductas, el tratamiento de éstas es idéntico así como la cuantificación de la multa, pues en ambas se señala que la cuantía podrá ser fijada hasta el 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución, por lo que no se puede afirmar que la nueva Ley sea más perjudicial para la actora que la antigua. En este sentido se ha pronunciado la Audiencia Nacional, entre otras, en su reciente Sentencia de 2 de abril de 2014 (recurso 194/2011).

El artículo 63.1.b) de la LDC señala que las infracciones muy graves podrán ser castigadas con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa, y en caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios, el apartado 3.c) del citado artículo señala que el importe de la multa será de más de 10 millones de euros.

El artículo 64 de la LDC señala que el importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios: a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción; b) La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables; c) El alcance de la infracción; d) La duración de la infracción; e) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; f) Los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción; g) Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurren en relación con cada una de las empresas responsables.

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.

La LDC, pues, fija primero un máximo legal para la sanción (art. 63 LDC), cuyo objeto es limitar la multa máxima en función de la capacidad de pago del infractor para evitar que el pago de la multa conduzca a la desaparición de la empresa (por eso el art. 63 LDC se refiere a la cifra de negocio total del período más próximo a la resolución sancionadora, independientemente del mercado afectado y de cuándo se produjera la infracción), para luego establecer criterios de graduación de la sanción junto con circunstancias agravantes y atenuantes (art. 64 LDC). Siendo ello así, sin perjuicio del cumplimiento de dicho máximo legal (10% de volumen de negocios total del ejercicio anterior), el proceso de determinación de la multa sigue lo previsto en la referida Comunicación, que sirve para concretar la aplicación del artículo 64 de la LDC y dota de objetividad y transparencia a la metodología seguida para la fijación de sanciones, en línea con la aplicación de la normativa de competencia de la Unión Europea.

Entiende esta Sala que esta es la voluntad del legislador cuando señala en la Exposición de Motivos de la LDC que *“... el título quinto recoge el régimen sancionador. En este sentido la Ley supone un importante avance en seguridad jurídica por cuanto realiza una graduación de las diversas infracciones previstas por la misma y aclara las sanciones máximas de cada tipo, fijadas en términos de un porcentaje del volumen de ventas totales de los infractores. Asimismo, se especifican los criterios que determinan la multa concreta en cada caso, en línea con las tendencias actuales en el ámbito europeo. Además, se prevé la publicidad*

de todas las sanciones impuestas en aplicación de la Ley, lo que reforzará el poder disuasorio y ejemplar de las resoluciones que se adopten”.

8.3. Importe básico de la sanción

Según el párrafo 8 de la citada Comunicación, la cuantificación de la sanción se realiza en las fases siguientes: (i) determinación del importe básico de la sanción, (ii), aplicación de un coeficiente de ajuste al importe básico en función de agravantes y atenuantes y (iii) ajuste en su caso a los límites establecidos en la Ley (límite del 10%) y al beneficio ilícito obtenido por el infractor.

La primera fase, pues, consiste en determinar el importe básico de la sanción, para lo que, según el párrafo 9 de la Comunicación, serán de aplicación los criterios señalados en las letras a) a e) del artículo 64.1 de la LDC *“teniendo en cuenta, por tanto, la dimensión y características del mercado afectado, la cuota de mercado del infractor, el alcance de la infracción, su duración y sus efectos.”* En relación con el mercado afectado por la infracción (art. 64.1.a LDC), el párrafo 10 de la Comunicación de sanciones concreta lo siguiente: *“El volumen de ventas afectado por la infracción será la suma ponderada de las ventas obtenidas por el infractor en los mercados de producto o servicio y geográficos donde la infracción haya producido o sea susceptible de producir efectos, durante el tiempo que la infracción haya tenido lugar y antes de la aplicación del IVA y otros impuestos relacionados. Las ventas de cada periodo se ponderarán de acuerdo con lo previsto en el punto 15 [de la Comunicación]”.*

En relación a la fijación del importe de la hipotética sanción, varias empresas [ALBA (folio 4982), RUA (folio 5535), IRMASOL (folio 5113), VILELLA (folio 5500 a 5501)] rechazan que *“para fijar este importe [una eventual multa] puede tenerse en cuenta el volumen de ingresos en los mercados de recuperación de papel y cartón y de comercialización de papel y cartón recuperado en España de cada empresa durante el periodo temporal en el que cada empresa ha participado en la infracción”*, señalando que debe tomarse en consideración el volumen de ingresos de UDER.

En este caso, según lo ya señalado, los mercados afectados por la infracción han quedado definidos como el mercado de recuperación de residuos de papel y cartón, y el mercado de comercialización de papel y cartón recuperado en España.

La sanción a todas las empresas imputadas (a excepción de UDER) ha sido calculada sobre la base del volumen de negocios correspondiente a las actividades de recuperación de residuos de papel y cartón y de comercialización

de papel y cartón recuperado *desarrolladas a través de UDER* durante los años 2007 a 2013, información requerida por Acuerdo de la Sala de 17 de octubre de 2014, por considerar que esta es la facturación que refleja la suma de las ventas de cada empresa afectadas por la infracción.

En cuanto a la duración de la conducta, se ha considerado que ésta tiene lugar desde noviembre de 2007, como se ha indicado anteriormente en esta Resolución, hasta la actualidad (considerándose a los efectos de determinar la multa los volúmenes afectados por la conducta hasta el 31 de diciembre de 2013), con las siguientes excepciones:

- En los casos de UTRAMIC, FELIP VILELLA y VANPAC, se toma como fecha inicial la de incorporación a UDER (4 noviembre 2008).
- En el caso de SAICA se considera como término final de duración de la conducta el 11 de junio de 2010 (fecha de adquisición de VILAR VITA y de expulsión de UDER).
- El término final de la conducta en el caso de DESTRUDATOS es el 9 de octubre de 2013 (fecha de liquidación de la sociedad).
- Y en el caso de VANPAC, el fin de la conducta se considera que tiene lugar el 22 de julio de 2010, fecha en la que la sociedad se separa de UDER.

Una vez considerados los volúmenes en el mercado afectado (según antes descrito) durante los años de duración de la conducta de cada empresa, y en la medida en que la infracción tiene una duración superior al año, es preciso aplicar el coeficiente reductor en función de la antigüedad de la infracción previsto en el párrafo 15 de la Comunicación. En tal caso, se aplica un factor de ponderación equivalente a 1 a valor del mercado afectado en el último año de la conducta (el más reciente). Los volúmenes correspondientes a los sucesivos periodos anuales anteriores al primero recibirán una ponderación decreciente (0,75 para el 2º período, 0,50 para el 3º, 0,25 para el 4º, etc.), lo que implica que para la sanción se tiene en cuenta sólo una proporción decreciente del volumen de negocios del mercado afectado a medida que la infracción es más antigua.

La suma de los volúmenes de negocio en los mercados afectados en el período en que se produjo la infracción (ponderados de forma decreciente según se trate de períodos más antiguos) sirve de *base* sobre la que aplicar el *tipo* (%) de la sanción. De acuerdo con el párrafo 14 de la Comunicación, con carácter general, el importe básico de la sanción, antes de tener en cuenta agravantes o atenuantes, se obtendrá aplicando al volumen de ventas afectado por la infracción *“un porcentaje que, partiendo del 10 %, podrá incrementarse [hasta el 30%] en consideración a los siguientes criterios”* –gravedad de la conducta o si se trata de un input productivo capaz de producir efectos en cascada en otros mercados-.

En la medida en que se trata de una infracción muy grave, consistente en una conducta continuada y compleja manifestada en acuerdos horizontales de precios, intercambio de información y reparto de clientes y proveedores en un periodo de varios años, siguiendo precedentes de la Autoridad de Competencia⁹, este Consejo en Sala de Competencia considera proporcionado en el presente caso, teniendo en cuenta la estructura del sector y los efectos de las conductas, tomar como importe básico de la multa el 10% de las ventas afectadas, lo que constituiría una aproximación al presunto beneficio ilícito obtenido por las empresas sancionadas como consecuencia de haber evitado la competencia (o, desde la óptica inversa, el daño sufrido por el consumidor como consecuencia de la falta de competencia en el mercado).

8.4. Límite del 10% (artículo 63.1 LDC).

Una vez alcanzada la suma correspondiente al importe básico de la sanción, la recta aplicación del artículo 63 LDC exige comprobar que la multa así calculada no supera el 10% del volumen de negocios total de la empresa en el ejercicio anterior al de imposición de la sanción (2013). Ello es así porque el “*10% sobre el volumen de negocio total en ejercicio anterior*” no es un elemento de liquidación ni de graduación de la multa, sino un límite, el tope máximo más allá del cual no resulta posible sancionar sin que el pago de la multa pueda generar el riesgo de desaparición de la empresa y comprometer su viabilidad futura [STS 29-05-2013 (recurso 1312/2010); SSAN 05-02-2013 (recurso 06/420/2011), 13-02-2013 (recurso 06/377/2011), 26-02-2013 (recurso 06/646/2011), 05-03-2013 (recurso 06/566/2011), 12-04-2013 (recurso 06/395/2011); SSTJUE 07-06-2007 (asunto C-76/06)]. Se fija así en el 10% la capacidad económica real de la empresa en el mercado para hacer frente al reproche por su conducta antijurídica. La Ley busca así impedir que la imposición de la multa convierta en inviable el negocio o la actividad de la empresa, lo que haría perder su finalidad al ejercicio de la potestad sancionadora en dicho ámbito.

Así, el proceso de cálculo de sanciones diseñado por la LDC, inspirado en la legislación comunitaria (cfr. la Exposición de Motivos de la LDC, ya mencionada), se articula sobre una doble fase: por un lado, habrá que atender a los criterios que deben tomarse en consideración para graduar las sanciones enumerados en el artículo 64 LDC (criterios que se concretan según las orientaciones recogidas en la Comunicación de Multas); y una vez cuantificadas las sanciones de acuerdo con tales criterios, deberá comprobarse que el importe de la multa no supera el umbral máximo establecido en el artículo 63.1 de la LDC (es decir, el “*10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa*”).

⁹ Por citar solo las más recientes, RCNC de 12 de septiembre de 2013 (S/0402/12 ESPUMA ELASTOMÉRCIA) y RCNC de 23 de mayo de 2013 (S/0303/10 DISTRIBUIDORES SANEAMIENTO). Más recientemente, RCNMC de 22 de septiembre de 2014 (S/0428/12 PALÉS).

La redacción del artículo 63.1.c) de la LDC 15/2007 es análoga además con la del artículo 23.2 del Reglamento CE 1/2003, de aplicación en procedimientos de infracción de los artículos 101 y 102 TFUE, y es consecuencia de una sistemática equivalente en el ámbito nacional y comunitario. Por ello también la Comunicación de la CNC sobre la determinación de las sanciones y las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23.2.a) del Reglamento CE 1/2003, utilizan un método análogo para determinar la sanción, según el cual el importe básico resulta de un porcentaje del valor de las ventas vinculadas a la infracción (mercado afectado), que luego se modifica teniendo en cuenta el número de años de duración de la infracción. Y es una vez calculada la sanción de acuerdo con los criterios anteriores (es decir, tomando como referencia el “mercado afectado”), cuando procede comprobar que no se ha superado el umbral del límite máximo del 10%.¹⁰

Así pues, en la siguiente tabla se recoge el importe básico de la multa así como el cálculo del 10% del volumen total de negocio de las empresas en el período anterior a la resolución sancionadora, esto es, 2013 (información también aportada por las empresas en respuesta al requerimiento de 17 de octubre de 2013, folios 6094 a 6193), que representa el límite máximo de la sanción establecido en el artículo 63.1 LDC.

Empresa	Importe básico de la multa	Volumen de negocio total en 2013	límite del 10% del volumen de negocio total en 2013
UTRAMIC	285.830	3.178.649	317.864
SAICA (VILAR VITA)	43.438	36.707.065	3.670.706
DESTRUDATOS	52.393	493.547	49.355
IRMASOL	603.685	15.544.031	1.554.403
RUA PAPEL	354.888	5.895.840	589.584
HDFDEZ	465.372	6.588.761	658.876

¹⁰ Cabe en este sentido citar la STJUE 12/07/2012 asunto C-181/11 P, CETARSA/Comisión: “82 En efecto, dicho límite superior pretende evitar que se impongan multas que seguramente no podrán pagar las empresas, dadas sus dimensiones, dimensiones que se determinan, aunque sea de un modo aproximado e imperfecto, por su volumen de negocios global (...). 83 Se trata por tanto de un límite, aplicable uniformemente a todas las empresas y ajustado a la dimensión de cada una, que pretende evitar las multas cuyo importe sea excesivo y desproporcionado. Dicho límite superior tiene pues un objetivo distinto y autónomo del que persiguen los criterios de gravedad y duración de la infracción (...).” En este mismo sentido, se pueden citar también: STJUE de 07/06/1983, asuntos acumulados C-100/80, 101/80, 102/80 y 103/80 Musique Diffusion française/Comisión (par.119); STJUE de 28/06/2005 asuntos acumulados C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P A C-208/02 P Y C-213/02 P, Dansk Rørindustri y otros/Comisión (par.279-282); STJUE de 07/06/2007 asunto C-76/06, Britannia Alloys & Chemicals/Comisión (par. 24); y STG de 16/06/2011, asunto T-211/08 Putters International/Comisión (par. 74 y 75).

VILELLA	147.280	21.930.863	2.193.086
S. SOLIS	432.232	14.670.294	1.467.029
RECICAB	305.434	9.778.848	977.884
ISMA	190.298	20.838.124	2.083.812
ALBA SV	577.795	11.426.000	1.142.600
HNOS. FDEZ	254.323	12.857.136	1.285.713
VANPAC	132.702	515.892	51.589

De acuerdo con la información de la tabla, se observa que en dos de los casos (DESTRUDATOS y VANPAC) el importe básico de la sanción supera el 10% del volumen total de negocios de la entidad en 2013:

- En el caso de **DESTRUDATOS**, la empresa ha sido disuelta en octubre de 2013, estando actualmente en liquidación.¹¹ Siendo ello así, en la medida en que la empresa, en fase de liquidación, tiene un volumen de negocios escaso en 2013 y que el efecto disuasorio debe medirse en ponderación a su real situación económica, parece ajustado imponer una multa de **10.000 €**
- En el caso de **VANPAC**, la empresa se encuentra en situación de concurso de acreedores desde junio de 2013 (folios 2953 a 2954), año en el que su facturación es manifiestamente inferior, por lo que, de acuerdo con los criterios señalados en el caso de DESTRUDATOS, parece ajustado también en este caso imponer una multa de **10.000 €**

8.5 Multa de UDER

La Sala de Competencia ha considerado que, en un expediente de las características del presente, la multa a UDER no puede calcularse sobre su volumen de facturación, pues ello conduciría a tomar en consideración dos veces unas mismas facturaciones para la imposición de la multa a UDER.

Aunque debe subrayarse que UDER participa en los mercados afectados por la infracción como una empresa más, ofertando bienes y servicios, conviene asimismo señalar, no obstante, que la propia constitución y funcionamiento de UDER constituye, no solo el reflejo, sino el verdadero instrumento de colusión, por lo que su actividad no puede quedar impune. Si bien las facturaciones tal y como han sido concebidas anteriormente no pueden aquí tomarse en cuenta, la particular actuación de la sociedad, su papel específico y su especial función

¹¹ La última información que consta publicada en el Boletín Oficial del Registro Mercantil es el nombramiento de liquidador el 16 de enero de 2014 (BORME 28-01-2014).

como facilitadora e impulsora del cártel exige la imposición de una sanción que en este caso debe fijarse sobre una cuantía fija.

A este respecto no puede dejar de señalarse que la Sala considera que UDER ha cometido materialmente la infracción imputada, es decir, que es coautora de la misma, lo que se acredita en el hecho de que a lo largo del presente expediente se ha comprobado su rol como facilitador de la infracción realizada por sus socios, tal y como recoge la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (hoy Tribunal General) de 8 de julio de 2008, AC-Treuhand AG/Comisión, T-99/04, que precisamente sanciona como autor a quien, con pleno conocimiento, participa en un cártel como facilitador.

A este respecto, y siguiendo precedentes (recientemente, RCNMC de 22 de septiembre de 2014, Expte S/0428/12 PALÉS, y las que ahí se citan), cabe fijar en **150.000 €** la multa de UDER.

NOVENO.- Solicitudes de confidencialidad de información aportada en fase de consejo.

Por último, de conformidad con lo requerido al notificar la propuesta de resolución por la DC, o posteriormente en fase de Consejo, por medio de los acuerdos de 24 de julio de 2014 (folios 5916 a 5920) y de 16 de octubre de 2014, (folio 6017 a 6020), las empresas han aportado información (folios 4933, 4939 a 5795, 5935 a 5953, 5965 a 5984, 6094 a 6101 y 6110 a 6193) sobre la que, diversas de ellas solicitan la declaración de confidencialidad de conformidad con lo previsto en el artículo 42 de la LDC.

En la medida en que tales peticiones refieren a información relativa en el mercado afectado, se accede a declarar confidencial dicha información. Asimismo, para guardar la debida coherencia en el procedimiento y procurar el equilibrio entre transparencia y confidencialidad de forma homogénea para todas las empresas, dicha declaración tiene también lugar de oficio, en los supuestos en que la petición no ha sido formulada por la empresa.

En su virtud, visto los artículos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

HA RESUELTO

PRIMERO.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la

Competencia, y del artículo 101 del TFUE, en los términos expuestos en los Fundamentos de Derecho Cuarto, Quinto, Sexto y Séptimo de esta Resolución.

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

- UNIÓN DE EMPRESAS DE RECUPERACIÓN, S.L.,
- FELIP VILELLA I FILLS, S.L.;
- HIJOS DE DEMETRIO FERNÁNDEZ , S.A.;
- IRMASOL, S.A.;
- ISMA 2000, S.L.;
- RECIO Y CABRAL, S.L.;
- ALBA SERVICIOS VERDES, S.L. (anteriormente RECICLAJES DOLAF, S.L.);
- RECUPERACIÓN DE PAPELES HERMANOS FERNÁNDEZ, S.A.;
- RUA PAPEL GESTIÓN, S.L.;
- S. SOLIS, S.A.;
- UTRAMIC, S.L.;
- VANPAC, S.A.;
- SAICA NATUR, S.L. (como empresa sucesora de VILAR VITA SANS, S.L.)
- DESTRUDATOS CONFIDENCIAL, S.L.

TERCERO.- Imponer a las autoras responsables de las conductas infractoras las siguientes multas:

- UNIÓN DE EMPRESAS DE RECUPERACIÓN, S.L.: 150.000 euros.
- FELIP VILELLA I FILLS, S.L.: 147.280 euros.
- HIJOS DE DEMETRIO FERNÁNDEZ, S.A.: 465.372 euros.
- IRMASOL, S.A.: 603.685 euros.
- ISMA 2000, S.L.: 190.298 euros.
- RECIO Y CABRAL, S.L.: 305.434 euros.
- ALBA SERVICIOS VERDES, S.L. (anteriormente RECICLAJES DOLAF, S.L.): 577.795 euros.
- RECUPERACIÓN DE PAPELES HERMANOS FERNÁNDEZ, S.A.: 254.323 euros.
- RUA PAPEL GESTIÓN, S.L.: 354.888 euros.
- S. SOLIS, S.A.: 432.232 euros.
- UTRAMIC, S.L.; 285.830 euros.
- VANPAC, S.A.; 10.000 euros.
- SAICA NATUR, S.L. (como empresa sucesora de VILAR VITA SANS, S.L.): 43.438 euros.
- DESTRUDATOS CONFIDENCIAL, S.L.: 10.000 euros.

CUARTO.- Intimar a UNIÓN DE EMPRESAS DE RECUPERACIÓN, S.L.; FELIP VILELLA I FILLS, S.L.; HIJOS DFDEZ, S.A.; IRMASOL, S.A.; ISMA 2000, S.L.; RECIO Y CABRAL, S.L.; ALBA SERVICIOS VERDES, S.L.; RECUPERACIÓN DE PAPELES HERMANOS FERNÁNDEZ, S.A.; RUA PAPEL GESTIÓN, S.L. ; S. SOLIS, S.A.; UTRAMIC, S.L.; VANPAC, S.A.; SAICA NATUR NORESTE, S.L.; y DESTRUDATOS CONFIDENCIAL, S.L. para que en el futuro se abstengan de realizar las prácticas sancionadas y cualesquiera otras de efecto equivalente. Instar a la Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución.

QUINTO.- Instar a la Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución.

SEXTO.- Resolver sobre la confidencialidad relativa a la documentación aportada por las empresas de conformidad con lo señalado en el Fundamento de Derecho Noveno.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.

VOTOS PARTICULARES

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE que formula el Consejero Don Fernando Torremocha y García-Sáenz a la Resolución aprobada en el día de hoy, 6 de Noviembre del 2014, **por mayoría simple**, por esta SALA DE COMPETENCIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el marco del Expediente Sancionador S/0430/12 RECOGIDA DE PAPEL.

DISCREPANCIA que desarrollo en los siguientes **MOTIVOS**

PRIMERO.- El Pliego de Concreción de Hechos (página 25) que eleva la Dirección de Competencia, ex Artículo 50.4 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio de Defensa de la Competencia, establece:

*“PRIMERO.- Que se declare la existencia de conductas prohibidas por el **artículo 1 de la Ley 15/2007** consistentes 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, lo que constituye una infracción única y continuada tipificada en el **artículo 1 de la LDC.***

*TERCERO.- Que la conducta prohibida se tipifique a los efectos de determinación de la sanción a imponer, **como infracción muy grave del artículo 62.4.a) de la LDC.***

*CUARTO.- Que se imponga la sanción prevista en el **artículo 63 de la Ley 15/2007**, teniendo en cuenta los criterios para la determinación de la sanción previstos en el **Artículo 64 de la LDC.**”*

-----0-----

La Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, en su **Artículo 50 Instrucción del Expediente Sancionador** dispone que “**1. La Dirección de Investigación, una vez incoado el expediente, practicará los actos de instrucción necesarios para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades; 3. Los hechos que pueden ser constitutivos de infracción se recogerán en un Pliego de Concreción de Hechos que se notificará a los interesados para que, en un plazo de quince días, puedan contestarlo y, en su caso, proponer las pruebas que consideren pertinentes (...).**

El Pliego de Concreción de Hechos es, pues, **el acto administrativo** que fija los hechos probados que configuran la acusación y las personas (físicas y/o jurídicas) imputadas, de manera que todo el procedimiento posterior **no puede desviarse** de los allí fijados, como ha establecido desde siempre el Tribunal de Defensa de la Competencia (por todas **la Resolución de 4 de Septiembre de 2000 Expediente Sancionador AENOR**).

En ella, recuerda que el **Tribunal de Justicia de las Comunidades** ha declarado con reiteración que “**el respeto de los derechos de defensa EXIGE que, desde la fase del procedimiento administrativo, se ofrezca a la empresa interesada la posibilidad de manifestar adecuadamente su punto de vista sobre la realidad y pertinencia de los hechos, imputaciones y circunstancias alegadas por la Comisión, de manera que el Pliego de Cargos debe facilitar a la empresa todos los elementos necesarios para que pueda defenderse de forma eficaz. En el Pliego de Cargos deben mencionarse con claridad todos los elementos esenciales (...)**” (entre otras Sentencias, **Hoffman-La Roche de 11 de Febrero 1979; Cimentieros CBR y otros /Comisión de 18 Diciembre de 1992; CB y Europe/Comisión de 23 de Noviembre de 1994**).

-----0-----

En la normativa de la Comunidad Europea “**REGLAMENTO 99**” el Pliego de Cargos (en nuestra terminología, El Pliego de Concreción de Hechos) es el documento que la Comisión, después de haber reunido los elementos que le permiten establecer pruebas suficientes de la existencia de una infracción, **recoge los hechos probados y formula la acusación** que comunica a las partes imputadas para alegaciones (**Artículo 2.1**).

Dispone el **Artículo 2.2** que “**la Comisión sólo podrá tomar en consideración, en sus decisiones, los cargos respecto de los cuales las empresas hayan podido exponer sus puntos de vista**”. De este modo, “**el Pliego de Cargos tiene por efecto cristalizar la postura de la Comisión, impidiendo a ésta mantener en su decisión otros cargos distintos de los comunicados**” (por todas, las **Sentencias IBM de 11 de Noviembre de 1981 y Auto Reynolds de 18 de Junio de 1986**).

Por ello, el **efecto cristalizador** conlleva **(a)** que la Comisión no podrá fundamentar su decisión sobre otros datos de hecho que los previamente comunicados; **(b)** que para poder fundamentar su decisión sobre un elemento de hecho, la Comisión deberá indicar con claridad en el Pliego de Cargos **qué piensa utilizar** y presentar tal documento contra la empresa; **(c)** que la Comisión no podrá acusar a una empresa de una infracción distinta de la que figura en el Pliego de Cargos y, en particular, dando a los hechos una calificación diferente a la concretada en el Pliego de Cargos; **(d)** que la Comisión no podrá acusar a las

empresas de una infracción cuya duración sea superior a la tomada en consideración en el Pliego de Cargos, ni podrá ampliar el alcance o modificar la naturaleza de los cargos; **(e)** que la Comisión **no podrá fundamentar su decisión sobre una concepción jurídica diferente a aquella sobre la que se asienta el Pliego de Cargos;** y **(f)** que la Comisión no podrá imponer multas sin anunciar su intención de hacerlo (por todas, **las Sentencias Pasta de Madera II de 3 de Marzo de 1986; Pioneer de 7 de Junio de 1983; de instancia Europay de 23 de Febrero de 1994**).

CONCLUYENDO: En mérito de todo lo anterior, este Consejero discrepante entiende que se ha vulnerado frontalmente el Artículo 9 de la Constitución Española, que consagra los principios fundamentales de legalidad y seguridad jurídica, por cuanto la Resolución aprobada en el día de hoy, por mayoría simple, ha vulnerado el Artículo 50.4 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia modificando lo resuelto en su Pliego de Concreción de Hechos: ley a aplicar en orden a la tipicidad de la conducta examinada; calificación de la gravedad de la conducta; y régimen sancionador a aplicar en orden a la cuantificación de la multa.

SEGUNDO.- La Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, en su **Artículo 62 Infracciones** dispone que **“4. Son infracciones muy graves (a) el desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el Artículo 1 de esta Ley, que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales”**.

El **Artículo 63 Sanciones** dispone **“1c. Las infracciones muy graves son multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa”**.

A la luz de todo lo anterior, así como de lo prevenido en el Artículo 3 del Código Civil y poniendo en armonía y relación lo dispuesto en los apartados primero y tercero del citado Artículo 63 de la Ley 15/2007, podemos concluir diciendo y prima facie haciendo abstracción a priori de la existencia y consideración de circunstancias modificativas de la responsabilidad que:

- a) El segmento de cuantificación de las infracciones leves se mueve entre el 0,001% y llega hasta el 1%.
- b) El segmento de cuantificación de las infracciones graves se mueve entre el 1,001% y llega hasta el 5%.

Y el segmento de cuantificación de las infracciones muy graves se mueve entre el 5,001% y llega hasta el 10%.

Lo contrario sería una interpretación **contra legem** que llevaría al absurdo, por cuanto una vez calificada y tipificada la conducta como muy grave se terminaría imponiendo una sanción/multa cuantificada en el segmento de una conducta grave; o la grave cuantificarla en el segmento de la leve. Y así hasta el absurdo infinito.

-----0-----

La doctrina jurisprudencial desarrolla estos preceptos normativos en orden a que *“la discrecionalidad que la Ley concede, debe ser ejecutada **PONDERANDO** las circunstancias concurrentes en cada caso, al objeto de alcanzar la necesaria y debida **PROPORCIONALIDAD** entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, los efectos en el mercado, la existencia de circunstancias modificativas de la conducta, etc., dado que toda sanción debe determinarse **en congruencia con los principios de proporcionalidad e individualización de la sanción a imponer, para adaptarla a la gravedad de la conducta”**.*

A estos efectos meramente indicativos, citamos las Sentencias del Tribunal Supremo, por todas las **SSTS de 1 de Diciembre de 2010 Recurso 2685/2008; de 29 de Enero de 2013 Recurso 2495/2012 y de 28 de Junio de 2013 Recurso 1947/2010.**

Y de la Audiencia Nacional, por todas las **SSAN de 10 de Noviembre de 2010 Recurso 637/2009; de 22 de Noviembre de 2010 Recurso 365/2009; de 18 de Enero de 2011 Recurso 266/2009; de 10 de Febrero de 2011 Recurso 318/2010; de 13 de Octubre de 2011 Recurso 795/2009; de 10 de Noviembre de 2011 Recurso 846/2009.**

-----0-----

Item más, la Audiencia Nacional en la muy reciente **Sentencia de 30 de Enero del 2014 Recurso 422/2012** recuerda que *“constituye un principio esencial del derecho punitivo sancionador español **la división en grados** (mínimo, medio y máximo) **dependiendo la fijación de la cuantía de la multa la concurrencia o no de circunstancias modificativas de la responsabilidad”**.*

De ahí que deban valorarse **(a)** la modalidad y el alcance de la restricción de la competencia; **(b)** la dimensión y las características del mercado afectado; **(c)** los efectos de la infracción sobre los consumidores y usuarios o sobre otros

operadores económicos; **(d)** la duración de la conducta restrictiva de la competencia; y **(e)** la reiteración y demás circunstancias modificativas de la responsabilidad: agravantes y/o atenuantes.

CONCLUYENDO: En mérito a todo lo anterior, este Consejero discrepante entiende que se ha vulnerado frontalmente los Artículos 9, 24.1 y 103 de la Constitución, que consagran y desarrollan los derechos fundamentales de seguridad jurídica y legalidad, así como el Artículo 1 del Código Civil que señala como fuente del Ordenamiento Jurídico a la doctrina jurisprudencial.

TERCERO.- El Artículo 1 del Código Civil sanciona el **Principio de Jerarquía Normativa**. Es decir, deviene inimaginable que una Comunicación, en tanto que norma de rango inferior a una Ley, pueda ser aplicable en perjuicio de unos principios legales normativos con rango de Ley: bien lo sea el Artículo 10 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia; bien lo sean los Artículos 63, anteriores y siguientes concordantes de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

Al efecto, el Tribunal Supremo en **Sentencia 100/2003 de 2 de Junio** en orden a la *reserva de Ley* en la determinación de las sanciones administrativas establece lo siguiente:

“Se abre así la posibilidad de que las Leyes se remitan a normas reglamentarias en este ámbito, con el límite infranqueable, en todo caso, de que dicha remisión <no facilite una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley> (SSTC 42/1987 de 7 de Abril; 101/1988 de 8 de Junio; 61/1990 de 29 de Marzo; 341/1993 de 18 de Noviembre; 25/2002 de 11 de Febrero).”

“En definitiva, según se destaca en la STC 113/2002 de 9 de Mayo, reiterando lo ya dicho en el Fundamento Jurídico Tercero de la STC 305/1993 de 25 de Octubre <el Artículo 25 de la Constitución Española obliga al legislador a regular por sí mismo los tipos de infracción administrativa y las sanciones que les sean de aplicación, SIN QUE SEA POSIBLE que, a partir de la Constitución se puedan tipificar nuevas infracciones ni introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las ya existentes por una norma reglamentaria cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado o delimitado por otra con rango de Ley”.

El mismo Tribunal Constitucional, previamente, recuerda lo dicho en la doctrina expresada en su **STC 42/1987 de 7 de Abril**

*“El derecho fundamental así enunciado (.....) comprende una doble garantía. **La primera**, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de **predeterminación normativa** de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. **La segunda** de carácter formal se refiere **al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladora de estas sanciones**, por cuanto, como este Tribunal ha señalado reiteradamente, el término **“legislación vigente”** contenido en el Artículo 25.1 de la Constitución Española es expresivo de una **reserva de ley en materia sancionadora**”.*

Por todas, las SSTC 133/1999 de 15 de Julio; 276/2000 de 16 de Noviembre; 25/2002 de 11 de Febrero; 75/2002 de 8 de Abril y 113/2002 de 9 de Mayo.

-----0-----

Este Expediente Sancionador ha sido instruido en **unidad de acto** en orden al examen e incardinación de las conductas a sancionar bajo el manto y amparo de una Ley: **La Ley 15/2007 y ello en cumplimiento del principio de tipicidad-legalidad.**

De ahí que, **(1)** las conductas examinadas lo hayan sido a la luz de lo prevenido en su Artículo 1 (conducta tipificada) y Artículos 63, anteriores y siguientes (calificación de la conducta y régimen sancionador); **(2)** con amparo en lo prevenido en el Artículo 50.4 (Pliego de Concreción de Hechos) en que así lo propone.

-----0-----

En consecuencia, a la luz de los principios fundamentales de legalidad y seguridad jurídica, así como en la doctrina jurisprudencial y constitucional que los desarrolla, cabe preguntarse **¿por qué la Resolución se aparta del principio de unidad de actuación legal y en vez de seguir el mandato expreso de la Ley 15/2007 se inclina por acudir a una Comunicación, vulnerando el Ordenamiento Jurídico?**

-----0-----

En todo caso y a mayor abundamiento, este Consejero discrepante sigue reiterando su criterio, anteriormente expuesto en los precedentes Votos Particulares Discrepantes, en el sentido:

1º que la fórmula madre en la que se ampara y fundamenta la Comunicación es una creación ad hoc, carente de rigor científico.

2º y lo que es peor en el ámbito sancionador, por cuanto en su **Parágrafo (14)** establece actuaciones **contra legem** al decir literalmente:

- *“el importe básico se obtendrá aplicándole al volumen de ventas afectado por infracción un porcentaje que, **PARTIENDO DEL 10% PODRÁ INCREMENTARSE en consideración a los siguientes criterios DE FORMA CUMULATIVA.***
- *(a) si la infracción es calificada como muy grave, **el PORCENTAJE SE PODRÁ AUMENTAR HASTA EN DIEZ PUNTOS PORCENTUALES.***
- *(b) si el mercado o los mercados relacionados con la infracción corresponden a un in putt susceptible de provocar efectos en cascada en distintos mercados, **el PORCENTAJE SE PODRÁ AUMENTAR HASTA EN DIEZ PUNTOS PORCENTUALES.”***

“POR LO TANTO, el importe básico se situará entre un 10% y un 30% del volumen de ventas afectado por la infracción”.

CONCLUYENDO: En mérito a todo lo anterior, este Consejero discrepante entiende que se ha vulnerado frontalmente el Artículo 9 de la Constitución Española, que consagra los principios fundamentales de legalidad y seguridad jurídica, al hacer prevalecer una Comunicación frente a los preceptos de una Ley (la 15/2007) y frente a una doctrina jurisprudencial y constitucional que los desarrolla.

En consecuencia, procede declarar la nulidad de actuaciones en orden a cuantificar las sanciones a imponer a las empresas imputadas, con base en los preceptos legales que conforman la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la

Competencia, esto es, los Artículos 63, anteriores y posteriores concordantes, de la misma.

Así, por este **MI VOTO PARTICULAR DISCREPANTE** lo pronuncio, mando y firmo en Madrid, en la misma fecha.

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE que formula el Consejero D. Benigno Valdés Díaz a la presente Resolución, aprobada en la Sesión Plenaria de la SALA DE COMPETENCIA de la CNMC del día 6 de noviembre 2014, en el marco del Expediente S/0430/12 RECOGIDA DE PAPEL.

Mi discrepancia se explicita de este modo:

PROEMIO.

Para la determinación de la sanción la *Resolución* aplica la *Comunicación sobre Sanciones* aprobada por el Consejo de la extinta CNC con fecha 6 de Febrero de 2009. Por las razones que se exponen en este *PROEMIO*, considero que ese método de determinación de sanciones es inapropiado por no adecuarse a lo establecido en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

SOBRE EL REGIMEN SANCIONADOR PREVISTO EN LA VIGENTE LEGISLACIÓN DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

(I) “Volumen de ventas” vs. “volumen de negocios total” de la empresa infractora

El Artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, dice:

« [...] multas de hasta 150.000.000 de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 % del **volumen de ventas** correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal».

Y el Artículo 63. 1 (a), (b) y (c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, dice:

«Los órganos competentes podrán imponer [...] las siguientes sanciones: Las infracciones leves [...] con multa de hasta el 1% [...], las graves con multa de hasta el 5% [...], [y] las muy graves con multa de hasta el 10% del **volumen de negocios total** de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa».

*¿Qué diferencia existe entre “volumen de ventas” y “volumen de negocios total” de una empresa? A mi juicio, desde el punto de vista lingüístico ninguna: el volumen de ventas de una empresa es su volumen de negocios y el término “total” no añade nada a ese concepto, sólo hace de su nombre un pleonasma (“Lo he visto”. “Lo he visto **con mis propios ojos**”). Ahora bien, el asunto está teniendo una enorme importancia en la aplicación del régimen sancionador previsto en la Ley 15/2007: ¿Qué debemos entender por **volumen de negocios total** de la empresa infractora, la facturación de la empresa en todos los mercados en los que opera o únicamente en el mercado en el que comete la infracción?*

Hay quienes consideran que la incorporación del término “total” en la Ley 15/2007 la hace mucho más precisa que su antecesora, la Ley 16/1989, que no incorpora ese término. El argumento es que la palabra “total” implica que el concepto “volumen de ventas” o “volumen de negocios” se refiere a *la totalidad de los ingresos obtenidos por la empresa, con independencia del número de bienes que produce y de mercados afectados por la infracción*. Que en realidad la misma pregunta se hubiera planteado en relación con la Ley 16/1989 (*Vid. STS, Sala de lo Contencioso, de 11 de Noviembre de 2009, en el recurso de casación número 1246/2006*), que no incorpora ese término, demuestra que el verdadero problema (*¿se debe sancionar a una empresa infractora sobre la base del ingreso obtenido en el mercado en el que ha cometido la infracción, o del ingreso obtenido en todos los mercados en los que opera, incluidos aquellos en los que no ha realizado infracción alguna?*), no tiene una solución semántica. Hemos de abordar la cuestión con instrumentos distintos al meramente lingüístico; y, como veremos, esos instrumentos *existen*.

Mi punto de partida es, primero, el Art. 3 del Código Civil, que establece: **“1. Las normas se interpretarán [...] atendiendo fundamentalmente a [su] espíritu y finalidad”**; y segundo, el *Preámbulo* de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que resume “el espíritu y finalidad” de la propia

Ley: proporcionar un sistema bien articulado que, **“sin intervenir de forma innecesaria en la libre toma de decisiones empresariales, [nos] permita contar con los instrumentos adecuados para garantizar el buen funcionamiento del mercado”**.

Con ánimo de aplicar esos principios al presente caso, clasifiquemos las empresas en dos grupos: las que producen un bien y operan en un sólo mercado, y las que producen varios bienes y operan en otros tantos mercados diferentes. (Otras clasificaciones son posibles; por ejemplo, empresas que producen un solo bien y únicamente operan en el mercado regional X vs. empresas que producen ese bien pero operan en todo el territorio nacional, etcétera. Como el análisis es análogo en todos los casos, nos ceñimos al propuesto).

Pues bien, consideremos una empresa que *produce tres bienes: B1, B2 y B3* y opera en los correspondientes mercados: *MB1, MB2 y MB3*. Imaginemos que comete una infracción que rompe el buen funcionamiento del mercado *MB1*, pero sin que ello tenga influencia alguna en los mercados *MB2* y *MB3*, en los que la empresa tiene un comportamiento ejemplar. Para determinar la sanción, ¿debemos utilizar el “volumen de negocios” en el mercado *MB1* (cuyo “buen funcionamiento” la empresa *ha distorsionado*), o el “volumen de negocios” en *todos* los mercados en los que opera, incluidos *MB2* y *MB3*, cuyo “buen funcionamiento” **no** ha distorsionado en absoluto?

Si la respuesta es el volumen total *consolidado* de negocios, entonces la Ley se vuelve absurda. En efecto: como hemos señalado, su propósito es proporcionar un sistema bien articulado que, **“sin intervenir de forma innecesaria en la libre toma de decisiones empresariales, [nos] permita contar con los instrumentos adecuados para garantizar el buen funcionamiento del mercado”**. Sobre esa base, ¿qué lógica tiene sancionar a la empresa por **no** distorsionar el buen funcionamiento de los mercados *MB2* y *MB3*? Por otro lado, si así se hace la Ley es **discriminatoria para las empresas multi-producto en relación con las empresas uniproducto**; y de poco sirve argumentar que la empresa multi-producto puede evitar esa discriminación *organizándose en tantas empresas uniproducto como bienes y servicios produce*, porque en tal caso la Ley está empujando a la empresa a organizarse de manera sub-óptima (de otro modo no habría elegido la forma multi-producto en primer lugar). En otras palabras, la Ley “se derrota a sí misma” porque, aun sin pretenderlo, está interviniendo **“de forma innecesaria en la libre toma de decisiones empresariales”**.

En suma, si, como afirma el Artículo 3 Código Civil, las normas deben interpretarse “*atendiendo fundamentalmente a [su] espíritu y finalidad*”, entonces por “*volumen de negocio total de la empresa infractora*” debe entenderse, **exclusivamente**, “*el ingreso obtenido por la empresa en el mercado afectado por la infracción*”.

(II) Proceso de determinación de las sanciones

La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, establece los intervalos matemáticos en los que deben situarse las sanciones *en términos del % del volumen de negocios de la empresa infractora en el mercado [afectado por la infracción] en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa*, y atendiendo a los elementos considerados en su Artículo 64.

En efecto, dicha Ley, y su interpretación por la Audiencia Nacional (por todas, SAN 4598/2012, Recurso 188/2012, de 23 de Diciembre de 2013), establecen que, sobre la base de los Artículos 62, 63 y 64, el órgano sancionador determine **un porcentaje concreto** dentro del intervalo (0%,1%) cuando la infracción es leve, (0%,5%) cuando es grave y (0%,10%) cuando es muy grave, porcentaje que al ser aplicado al “volumen de negocios de la empresa infractora [en el mercado afectado] en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa”, da **como resultado el monto** de ésta. En otras palabras, la Ley opera en sentido “**% del volumen de negocios en el ejercicio...→monto de la multa**”.

No está previsto en ella que el órgano sancionador se dote a sí mismo de un método para la determinación de la multa que opere en sentido contrario, es decir, determinar *primero el monto* de la multa y luego, como residuo, el porcentaje que representa sobre el “volumen de negocios de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción”: “**monto de la multa→ % del volumen de negocios en el ejercicio...**”

Dejando aparte si esa forma de proceder es acorde a Derecho o no, lo cierto es que, cuando opera de ese modo, el órgano sancionador se expone a enfrentarse a ciertas “anomalías”; por ejemplo, que el porcentaje así obtenido sea superior al 1%, 5% o 10% que la Ley establece como techo para, respectivamente, las infracciones leves, graves y muy graves.

Un ejemplo de lo anterior lo constituye el método para determinar las multas presente en la *Comunicación sobre Sanciones* aprobada por el Consejo de la extinta CNC con fecha 6 de Febrero de 2009, y a cuyo análisis procedo a continuación.

(III) «Comunicación» de la extinta CNC sobre cuantificación de sanciones.

(1) El método utilizado por la extinta CNC consiste en obtener lo que la *Comunicación* denomina «*importe básico*» de la sanción, de la siguiente manera:

$$IB = p \sum_{i=1}^T \alpha_i VMA_i, \quad [1]$$

donde $p \in (10\%, 30\%)$, dependiendo de la gravedad de la infracción y de si el bien o servicio en cuestión es un insumo susceptible de producir efectos en cascada en la producción de otros bienes o servicios; $i=1$, el último año en el que sabemos que se ha cometido la infracción, de modo que $i=2$ es el penúltimo, $i=3$ el antepenúltimo, ..., $i=T$ el primero; VMA_i es el valor de las ventas de la empresa infractora en el *mercado afectado* en el año i ; y α_i es un factor de ponderación que toma el valor 1 cuando $i=1$, 0.75 cuando $i=2$, 0.50 cuando $i=3$, 0.25 cuando $i=4$, etc.; es decir: $\alpha_1 VMA_1$ representa el valor de las ventas de la empresa infractora en el *mercado afectado* el último año en el que cometió la infracción, $\alpha_2 VMA_2$ el 75% del valor de las ventas en el penúltimo año de la infracción, etcétera.

Una vez obtenido IB , la sanción efectiva, S , se obtiene multiplicando IB por un factor de corrección, C_a , que toma valores $C_a > 1$ cuando el peso de los agravantes es mayor que el de los atenuantes, $C_a < 1$ cuando sucede lo contrario, y $C_a = 1$ cuando ambos pesan igual o simplemente no existen. Es decir,

$$S = C_a IB \quad [2]$$

Si S está dentro de los intervalos sancionadores establecidos por la ley, S se convierte en sanción efectiva; pero si es mayor que el máximo contemplado en la Ley, entonces se aplicará ese máximo.

(2) Dado que por “*volumen de negocios total de la empresa infractora*” hemos resuelto que se debe entender exclusivamente el ingreso obtenido en el mercado afectado por la infracción, partimos de ese principio. Podemos distinguir

dos casos: (a) el último año en el que la empresa cometió la infracción es el año anterior a aquél en el que se le impone la sanción; y (b) es hace varios años antes. En el primer caso:

$$IB_t = p[VMA_{t-1} + 0.75 VMA_{t-2} + 0.50 VMA_{t-3} + \dots]$$

De modo la *sanción efectiva* es:

$$S_t = C_a IB_t = C_a p[VMA_{t-1} + 0.75 VMA_{t-2} + 0.50 VMA_{t-3} + \dots]$$

En consecuencia:

(a.1) Si no hay agravantes ni atenuantes, o si ambos pesan igual, entonces $C_a=1$ y S_t es *mucho mayor* que la sanción *máxima* contemplada en la Ley 15/2007 para las infracciones muy graves, 10% de VMA_{t-1} , porque $p \in (10\%, 30\%)$: $S_t > 0.1VMA_{t-1}$. Con más razón, pues, supera el techo de las faltas graves y leves, 5% de VMA_{t-1} y 1% de VMA_{t-1} , respectivamente.

(a.2) Si los agravantes suman más que los atenuantes, $C_a > 1$ y estamos en la misma situación, aunque más exagerada: $S_t \gg 0.1VMA_{t-1}$.

(a.3) Si los agravantes suman menos que los atenuantes, $C_a < 1$ y $S_t \lesseqgtr 0.1VMA_{t-1}$, aunque no es imaginable un $C_a < 1$ suficientemente pequeño para hacer $S_t < 0.1VMA_{t-1}$ (y no digamos para hacerlo menor que $0.05VMA_{t-1}$ o $0.01VMA_{t-1}$).

Es decir, cuando el último año en el que la empresa cometió la infracción es el anterior a aquél en el que se le impone la sanción, el sistema [1]-[2] genera, **por construcción**, multas que *siempre* son el máximo contemplado en la ley. En otras palabras: *Para las infracciones leves, siempre el 1%; para las graves, siempre el 5%; y para las muy graves, siempre el 10%*. De modo que **los intervalos contemplados por el legislador** (las infracciones leves, hasta el 1%; las graves, hasta el 5%; y las muy graves, hasta el 10%) **devienen irrelevantes** (cualquiera que haya sido la intención con la que fueron previstos por el legislador).

Consideremos ahora la situación (b), es decir, cuando el último año en el que sabemos que se ha producido la infracción *no* es el anterior al año t en el que se impone la sanción, sino uno anterior a él. En primer lugar, ese “último año en el que se produjo la infracción” debe ser *muy anterior* al año t en el que se impone la sanción, de otro modo nos encontraremos en igual situación que en (a). Eso se

debe a que las ventas de una empresa raramente experimentan grandes cambios entre dos años consecutivos; en la práctica, VMA_{t-1} es, casi siempre, cercano a VMA_{t-2} y éste, a su vez, a VMA_{t-3} , etcétera. Por tanto, a menos que el último año en el que tuvo lugar la infracción esté muy alejado del año t en el que se impone la multa, la situación con respecto a IB , y por ello a S , será la misma que en (a).

Pero si el último año en el que tuvo lugar la infracción está muy alejado del año t en el que se impone la multa, podemos encontrarnos con que el *Código de Comercio*, Artículo 30.1, proporcione a la empresa infractora una vía de escape: «[...] el volumen de negocios correspondiente a los ejercicios [...], [...] y [...] no puede ser facilitado por la empresa, toda vez que, de conformidad con cuanto le permite el artículo 30.1 del *Código de Comercio*, no se conserva la documentación y justificantes concernientes a su negocio y relativos a esos ejercicios», lo que obliga al órgano sancionador a “inventar” el volumen de negocios para cada uno de esos años.

La *Comunicación* propone hacerlo del siguiente modo: «Cuando para alguno o algunos de los años del período de duración de la infracción no sea posible calcular el volumen de ventas afectado por la infracción, se imputará a tales años el volumen de ventas afectado por la infracción del último año en el que se tenga constancia de que la infracción se ha producido [...]. En aquellos casos en que ni siquiera sea posible calcular el volumen de ventas afectado por la infracción durante el último año de la misma, se tomará en su lugar el volumen de ventas de las cuentas anuales aprobadas en el último ejercicio fiscal». Con esto, la probabilidad de generar la misma situación que en (a) aumenta.

(IV) Consecuencias de aplicar la «COMUNICACIÓN»

La consecuencia inmediata de aplicar el método de determinación de multas contemplado en la *Comunicación* es que aquéllas tienden a ser **muy superiores** a las que, estrictamente aplicada, la Ley 15/2007 produce. Eso ocurre porque, como ya se ha indicado, este “método” presenta, **por construcción**, un sesgo matemático a hacer desaparecer del Artículo 63.1 la cualificación “hasta”, siendo sustituida por “siempre”. *Para las infracciones leves, siempre el 1%; para las graves, siempre el 5%; y para las muy graves, siempre el 10%.*

Sólo hay una forma de evitar ese sesgo, **y aun así sólo en el caso de las empresas multi-producto y/o multi-mercado**, y tampoco siempre. Consiste en interpretar el concepto “*volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa*” como el ingreso consolidado de la empresa. En ese caso puede que en ocasiones (la probabilidad es mayor cuanto mayor es el volumen de ingreso consolidado) resulte $S_t < 0.1VMA_{t-1}$ (pero más difícil que resulte $S_t < 0.05VMA_{t-1}$ o $S_t < 0.01VMA_{t-1}$). Ahora bien, como hemos puesto de manifiesto (Vid. Apartado [I] más arriba) esa interpretación del concepto “*volumen de negocios total [...]*” es inasumible.

La segunda consecuencia, probablemente derivada de lo anterior, es que la AN no está a favor de tal “método” y, como resultado, sistemáticamente anula en ese punto (la determinación del monto de las multas) cuantas *Resoluciones* del Consejo de la extinta CNC pasan por su jurisdicción como consecuencia de los recursos contencioso-administrativos interpuestos por las empresas sancionadas.

Ocurre también que, como $S_t > 0.1VMA_{t-1}$, el órgano sancionador se ve forzado a considerar que el verdadero **cuadro de sanciones** no es el Artículo 63.1, sino el que resulta del algoritmo $S_t = C_a IB_t$; de modo que los intervalos (0%,1%), (0%,5%) y (0%,10%) del Artículo 63.1 (con sus respectivos grados alto, medio y mínimo, como obliga el Derecho español) **no** son verdaderos *intervalos sancionadores*, sino simples indicadores de la multa *máxima* que se puede imponer cuando S_t los supera. En otras palabras, el 1%, 5% y 10% del Artículo 63.1 no son el límite superior de sendos **intervalos sancionadores** sino meros “*umbrales de nivelación*” [sic] de las sanciones obtenidas con el algoritmo $S_t = C_a IB_t$; **y así, el cuadro sancionador de la Ley 15/2007 es secuestrado por el método de cálculo de sanciones de la Comunicación y sustituido por el resultante de ella, que es completamente distinto –algo que la CNMC no está facultada para hacer–**. La Audiencia Nacional ha rechazado repetidamente ese secuestro del *cuadro sancionador* de la Ley 15/2007.

Sobre la base de todo lo anterior, fundamentaré algunas de mis discrepancias con la «Resolución»

PRIMERO.-La *Resolución* afirma (pág. 69): «*La Comunicación de la extinta CNC sobre la cuantificación de las sanciones [...] pretende establecer unas directrices que, con carácter general, guíen la actuación de la Autoridad de Competencia [...]. Estas orientaciones [...] han sido las empleadas por el Consejo [sic] para determinar la sanción en esta Resolución*».

A la luz de lo expuesto con anterioridad queda claro que este Consejero estima que eso es inapropiado.

SEGUNDO.- La *Resolución* afirma lo siguiente (págs. 72-73): «*[...] una vez cuantificadas las sanciones de acuerdo con [el algoritmo de la Comunicación] deberá comprobarse que el importe de la multa no supera el umbral máximo establecido en el artículo 63.1 de la LCD [...] Es una vez calculada la sanción cuando procede comprobar que no se ha superado el umbral del límite máximo del 10%*». (Como se ha indicado en el Apartado II del *PROEMIO*, la *Comunicación* sitúa al carro delante de los bueyes: monto de la multa → % del volumen de negocios en el ejercicio...). Y continúa:

«*Ello es así porque el 10% sobre el volumen de negocio total en el ejercicio anterior no es un elemento de graduación de la multa, sino un límite, más allá del cual no resulta posible sancionar sin que el pago de la multa pueda generar el riesgo de desaparición de la empresa y comprometer su viabilidad futura*».

Ignoro si el legislador de 2007 fijó el techo sancionador en el “10% del volumen de ingreso, etc.” por pensar que un porcentaje mayor podría “generar el riesgo de desaparición de la empresa y comprometer su viabilidad futura”. Pero no hay duda de que el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 determina, en consonancia con la *Constitución Española*, un completo **cuadro sancionador** del que **sí forma parte** “el 10%” **como elemento de graduación de las sanciones**, al igual que también lo forman *todos los puntos* del intervalo (0%, 10%), dependiendo del tipo de infracción con la que están asociados.

Cosa distinta es que, como se ha indicado en el Apartado IV del *PROEMIO*, ese *cuadro de existencias* sancionador esté “secuestrado” por el algoritmo de cálculo de sanciones de la *Comunicación*, sustuyendolo, de facto, por el que resulta de él, que es completamente distinto— algo que, como también ha sido indicado más arriba, la CNMC **no** está facultada para hacer—.

TERCERO.-El secuestro del *cuadro sancionador* de la Ley 15/2007 tiene su origen en que, como se ha señalado en el *PROEMIO*, el algoritmo de cálculo de

sanciones definido en la *Comunicación* posee –**por construcción**– un sesgo estructural a generar multas muy superiores al “10% del volumen de negocios total afectado por la infracción, etc.”, y el caso que nos ocupa es un ejemplo de ello.

En efecto, tras haber establecido que la actividad afectada por la infracción es la de *recuperación de residuos de papel y cartón y su comercialización en España* (vid. Págs. 66 y 70), la *Resolución* impone las multas reflejadas en las páginas 72-73. Pero cuando los volúmenes de negocios **en esa actividad** son incorporados al algoritmo de la *Comunicación*, las multas que resultan son otras. Esto puede apreciarse comparando las multas de la *Resolución* con las del siguiente cuadro:

Tabla 1

Sanciones que resultan de aplicar la *Comunicación* a un grupo de empresas tomadas aleatoriamente de entre las imputadas y siendo la actividad afectada por la infracción la de «recogida de residuos de papel y cartón y su comercialización en España».

Empresa	Sanción	% sobre VNA2013
UTRAMIC	513.238,75	31,05%
IRMASOL	4.627.780,00	30,14%
HDFDEZ	1.992.556,49	28,81%
FELIP VILELLA	5.854.809,25	25,82%

Como puede apreciarse, el porcentaje que cada una de estas multas representa sobre el volumen de negocios de las respectivas empresas *en la actividad afectada por la infracción* y en el año 2013 –que es el inmediatamente anterior al de imposición de la multa– es muy superior al techo del 10%.

CUARTO.- Si el anterior desarrollo argumental cuestiona la *Comunicación* –y por ello el procedimiento seguido en la *Resolución*– en tanto que construcción matemática apropiada para determinar el monto de las multas previstas en los Artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y en sus equivalentes en la Ley 16/1989, el **quid sustantivo** radica en la vulneración del principio de legalidad y, en consecuencia, del de seguridad jurídica, lo que conduce a la vulneración de la tutela judicial efectiva, ex Artículos 9 y 24 de la Constitución Española.

La *Comunicación* choca con el principio de legalidad al pretender dar mayor peso aplicativo a una disposición con rango normativo inferior a una Ley que a preceptos legales concretos que sí tienen ese rango: el Artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, y los Artículos 62 y siguientes y concordantes de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, preceptos que han tenido un desarrollo doctrinal constitucional y jurisprudencial. Como simple mención cabe citar, por todas, la **STC 100/2003, de 2 de Junio**, que en cuanto a la reserva de Ley en la determinación de las sanciones administrativas establece lo siguiente:

«Se abre así la posibilidad de que las leyes se remitan a normas reglamentarias en este ámbito, con el límite infranqueable, en todo caso, de que dicha remisión no facilite "una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley" (SSTC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2; 101/1988, de 8 de junio, FJ 3; 61/1990, de 29 de marzo, FJ 8; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 10; y 25/2002, de 11 de febrero, FJ 4). En definitiva, según se destaca en la STC 113/2002, de 9 de mayo, FJ 3, reiterando lo ya dicho en el fundamento jurídico 3 de la STC 305/1993, de 25 de octubre, "el art. 25 de la Constitución obliga al legislador a regular por sí mismo los tipos de infracción administrativa y las sanciones que les sean de aplicación, sin que sea posible que, a partir de la Constitución, se puedan [...] introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes por una norma reglamentaria cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado o delimitado por otra con rango de Ley". »

Previamente recuerda lo dicho en la doctrina expresada por la STC 42/1987, de 7 de Abril:

«El derecho fundamental así enunciado incorpora la regla "nullum crimen nulla poena sine [praevia] lege", extendiéndola incluso al ordenamiento sancionador administrativo, y comprende una doble garantía. La primera, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto, como este Tribunal ha señalado reiteradamente, el término 'legislación vigente' contenido en dicho art. 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora" (loc. cit., FJ 2). [...] hemos hecho hincapié en esta doble garantía en las SSTC 133/1999, de 15 de julio, FJ 2; 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 6; 25/2002, de 11 de febrero, FJ 4; 75/2002, de 8 de abril, FJ 4; y 113/2002, de 9 de mayo, FJ 3 [...]

[...] En lo que ahora estrictamente interesa debemos señalar que, supuesta la vinculación de la garantía material con el principio de seguridad jurídica, este Tribunal ha precisado que incorpora el mandato de taxatividad o de *lex certa*, "que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones" (entre otras, SSTC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3, y 123/2001, de 4 de junio, FJ 11)».

La certeza implica, como también tiene señalado la AN (por todas, SAN de 23 de diciembre de 2013, Recurso Nº 188/2012) «una determinación clara en cuanto a la sanción aplicable, estableciendo al menos un mínimo y un máximo, que permita graduar la sanción administrativa [...]».

En conclusión: La discrepancia hasta aquí expuesta con la presente Resolución se fundamenta en que la *Comunicación* –y por ello el método utilizado para establecer la cuantía de la sanción– pugna con el Derecho español: *Primero*, por cuanto una norma de rango inferior no puede atacar lo dispuesto por una norma con rango de Ley. *Segundo*, por cuanto se trata de una creación *ad hoc* cuya aplicación conduce a un resultado aritmético superior al techo sancionador, que después se corrige a capricho para reducirlo a dicho techo, lo que representa un procedimiento de determinación del monto de las multas que opera en sentido contrario al contemplado en nuestras Leyes de Defensa de la Competencia, con las consecuencias aquí expuestas.

QUINTO.- Siendo lo expuesto hasta aquí una discrepancia sustantiva con la Resolución, no es la única. En el Apartado TERCERO he puesto de manifiesto que cuando los volúmenes de negocios en la actividad afectada por la infracción – es decir, la de «*recogida de residuos de papel y cartón y su comercialización en España*»– se introducen en el algoritmo de la *Comunicación*, las multas resultantes no coinciden con las impuestas en la Resolución. Ello se debe a que, tras haber establecido que la actividad afectada por la infracción es la de «*recogida de residuos de papel y cartón y su comercialización en España*», la SALA ha **decidido** utilizar para el cálculo de la sanción, *no los volúmenes de negocios en esa actividad*, sino sólo los «*desarrollados a través de UBER, por considerar que esa es la facturación que refleja la suma de las ventas de cada empresa afectadas por la infracción (pág. 71)*».

Puesto que esa decisión se basa una «*consideración*» sin otra motivación conocida, no es posible discutirla con las reglas de la razón. En mi opinión equivale a un cambio extemporáneo de la *actividad afectada* establecida por la

propia *Resolución*, pues deja de ser la «*recogida de residuos de papel y cartón y su comercialización en España*» para convertirse en la «*recogida de residuos de papel y cartón y su comercialización en España a través de UDER*» –que es otra bien distinta–. Consecuencia inmediata de ese cambio es que, naturalmente, la cuantía de las multas cae drásticamente.

Pero el análisis de la *Comunicación* realizado en el *PROEMIO* es independiente de la extensión del mercado afectado. En consecuencia, dicho cambio no puede alterar la conclusión de que el algoritmo sancionador de la *Comunicación* conduce a multas muy superiores al 10% del volumen de negocios afectado por la infracción del ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa. En el caso que nos ocupa, cuando el algoritmo se aplica, no con los volúmenes de negocios en la «*recogida de residuos de papel y cartón y su comercialización en España*», sino con los de la «*recogida de residuos de papel y cartón y su comercialización en España a través de UDER*», la *Comunicación* produce las multas reflejadas en la Tabla 2. Como puede apreciarse, el porcentaje que esas multas representan sobre el volumen de negocios de las respectivas empresas en la «*recogida de residuos de papel y cartón y su comercialización en España a través de UBER*» y en el año 2013 es, de nuevo e inexorablemente, muy superior al techo del 10%.

Tabla 2

Sanciones que resultan de aplicar la *Comunicación* a un grupo de empresas tomadas aleatoriamente de entre las imputadas y siendo la actividad afectada por la infracción la de «*recogida de residuos de papel y cartón y su comercialización en España a través de UBER*».

Empresa	Sanción	% sobre VNA2013
UTRAMIC	285.735,01	24,94%
IRMASOL	603.685,00	27,86%
HDFDEZ	465.372,16	29,56%
FELIP VILELLA	151.834,17	33,35%

Así por este mi Voto Particular Discrepante, lo pronuncio, mando y firmo en Madrid, a 8 de noviembre de 2014.