

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ063905

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 244/2019, de 26 de febrero de 2019

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 2593/2018

SUMARIO:

Defensa de la competencia. Procedimiento sancionador. Órdenes de investigación. Entrada y registro de sociedades. Doctrina del hallazgo casual. Jurisprudencia relativa a la doctrina del hallazgo casual, en relación con el contenido y la fundamentación de las órdenes de la Comisión Nacional de Mercados de la Competencia en ejercicio de su actuación inspectora en expedientes sancionadores, a fin de aclarar en qué condiciones resulta aplicable la excepción contenida en los citados preceptos en relación con acuerdos de cooperación horizontal que implican la creación de una nueva sociedad que se presenta como una alternativa al operador dominante y como la única forma de acceder a un nuevo segmento del mercado.

Sobre el alcance de los hallazgos casuales en el ámbito sancionador administrativo, lo que determina la regularidad del registro y la posibilidad de utilización del material incautado viene determinado, en primer lugar, por la conformidad a derecho de la entrada en el domicilio y, en segundo lugar, por el objeto y finalidad de la investigación y el correcto desarrollo de la actuación de registro. Así pues, si una entrada y registro están debidamente autorizados por el correspondiente mandamiento judicial y si el registro y la incautación de documentación se producen de forma adecuada y proporcionada al objeto de la entrada y de la investigación, el material obtenido casualmente y ajeno al objeto de la investigación puede ser legítimamente empleado para una actuación sancionadora respecto de una actividad ilegal distinta a la que determinó la autorización judicial de entrada y registro.

Pero en este caso la Orden de investigación incurría en vaguedad e imprecisión cuando, además de señalar el mercado de tratamiento de residuos sanitarios, se refería también a «tratamientos de residuos de otro tipo»; pues esa genérica mención no cumple los requisitos de concreción y especificidad exigibles a las órdenes de investigación; sobre todo teniendo cuenta que los de recogida y tratamiento de residuos sanitarios son ámbitos de mercado distintos a los de recogida y tratamiento de otras clases de residuos. Por ello, en el caso examinado, la entrada domiciliaria sólo debe considerarse válidamente acordada para recabar pruebas sobre un tipo específico de residuos, los sanitarios; y que la Orden no amparaba la utilización del material probatorio que sirvió de base para sancionar a la recurrente. En definitiva, no se trata aquí de un hallazgo casual producido con ocasión de la práctica de una inspección que tuviese otra finalidad, sino de un material probatorio recogido en el curso de un registro que se entendía respaldado por un inciso de la Orden de Investigación («tratamientos de residuos de otro tipo») que, en realidad, carecía de virtualidad habilitante.

PRECEPTOS:

Ley 15/2007 (Defensa de la Competencia), art. 1.3.

Tratado de 25 de Marzo de 1957 de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), art. 101.3.

Constitución Española, art. 18.2.

PONENTE:*Don Diego Córdoba Castroverde.*

Magistrados:

Don EDUARDO ESPIN TEMPLADO

Don JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT

Don EDUARDO CALVO ROJAS

Don MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH



Don JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR
Don DIEGO CORDOBA CASTROVERDE
Don ANGEL RAMON AROZAMENA LASO

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 244/2019

Fecha de sentencia: 26/02/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 2593/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/02/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde

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

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

Transcrito por: AVJ

Nota:

R. CASACION núm.: 2593/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 244/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, presidente

D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. Maria Isabel Perello Domenech



D. Jose Maria del Riego Valledor

D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

En Madrid, a 26 de febrero de 2019.

Esta Sala ha visto constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 2593/2018, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don José Rafael Ros Fernández en nombre y representación de Unión de Empresas de Recuperación, S.L., y con la asistencia del letrado don Pedro Callol García contra la sentencia de 15 de diciembre de 2017 dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 15/2015, contra la resolución de 6 de noviembre de 2014, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual, se le impuso una sanción de multa de 150.000 euros por la comisión de una infracción única y continuada de las prohibidas en el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia; en el Artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia; y en el artículo 101 del Tratado Fundacional de la Unión Europea consistente en la actuación de forma concertada en los mercados de recuperación y comercialización de papel y cartón recuperado en España, de cara a repartir de forma explícita e implícita actividades y clientes, concertar precios y compartir recursos e información comercial sensible.

Ha intervenido como parte recurrida, la Administración del Estado representada por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Procurador de los Tribunales don José Rafael Ros Fernández, actuando en nombre y representación de la sociedad Unión de Empresas de Recuperación SL (en adelante Uder") contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, de 15 de diciembre de 2017 (rec. 15/2015) por la que se estimó en parte el recurso contencioso interpuesto por Uder contra la resolución de 6 de noviembre de 2014 de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) (expediente sancionador S/0430/12 Recogida de papel) que le impuso una sanción de multa de 150.000 €. La sentencia acordó anular la referida resolución en el solo particular relativo a la determinación de la cuantía de la multa y remitir las actuaciones a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a fin de que dicte otra en la cual fije su importe en atención a los criterios legales de graduación debidamente motivados, con aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 17/2007, de Defensa de la Competencia, interpretados en los términos expuestos en la fundamentación jurídica de esta sentencia.

La resolución sancionadora consideró acreditada la comisión de una infracción única y continuada de las prohibidas en el Artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia; en el Artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia; y en el Artículo 101 del Tratado Fundacional de la Unión Europea consistente en la actuación de forma concertada en los mercados de recuperación y comercialización de papel y cartón recuperado en España, de cara a repartir de forma explícita e implícita actividades y clientes, concertar precios y compartir recursos e información comercial sensible. Declaró la responsabilidad de varias empresas, entre ellas la de UNIÓN DE EMPRESAS DE RECUPERACIÓN, S.L., a la que le impuso una sanción de 150.000 euros y acordó "Intimar a UNIÓN DE EMPRESAS DE RECUPERACIÓN 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 e 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."

Segundo.

Mediante Auto de 9 de julio de 2018 se admitió el recurso de casación declarando que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, consiste en:

"1º) reafirmar o, en su caso, precisar, matizar o corregir la jurisprudencia relativa a la doctrina del hallazgo casual, en relación con el contenido y la fundamentación de las órdenes de la CNMC en ejercicio de su actuación inspectora en expedientes sancionadores, y 2º) la interpretación de los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE , a fin de aclarar en qué condiciones resulta aplicable la excepción contenida en los citados preceptos en relación con acuerdos de cooperación horizontal que implican la creación de una nueva sociedad que se presenta como una alternativa al operador dominante y como la única forma de acceder a un nuevo segmento del mercado".

Tercero.

La parte recurrente formalizó la interposición de su recurso de casación argumentando, en síntesis, que:

1º Infracción de los artículos 18.2CE , 40 LDC y 13 RDC y la jurisprudencia del tribunal supremo relativa a la legalidad de las inspecciones domiciliarias llevadas a cabo por la CNMC.

Conforme al Auto de admisión del recurso, la primera de las cuestiones planteadas que presenta interés casacional para la formación de jurisprudencia consiste en reafirmar, o en su caso, precisar, matizar o corregir la jurisprudencia de la Sala sobre la doctrina del hallazgo casual, en relación con el contenido y fundamento de las órdenes de investigación de la CNMC en ejercicio de su actuación inspectora en expedientes sancionadores.

En el procedimiento de instancia Uder alegó que la orden de investigación empleada por la CNMC en la inspección domiciliaria a la empresa Isma 2000 S.L. (Isma), uno de los socios de Uder, no reunía los requisitos legal, reglamentaria y jurisprudencialmente exigidos. Como breve antecedente, se recordará que Isma fue inspeccionada en el marco del expediente S/0415/12, ABH-Isma relativo al mercado de recogida, transporte y tratamiento de residuos sanitarios. En el marco de la inspección, la CNMC aprehendió (además de la relativa a residuos sanitarios) cierta documentación relativa de documentación relacionada con la actividad de recogida, transporte y tratamiento de papel y cartón de Isma. El desglose de dicha documentación dio lugar al expediente S/0430/12, Recogida de papel, al que puso término la Resolución, en la que Uder resultó sancionada y confirmada por el Tribunal de instancia, salvo en lo relativo a la cuantificación del importe de la sanción.

Uder entiende que el objeto de la orden de investigación de la CNMC resultaba excesivamente amplio, contraviniendo lo establecido por este Tribunal Supremo en sus Sentencias en los asuntos Unesa, Transmediterránea, así como en la reciente Sentencia en el asunto Sociedad Española de Montajes Industriales, en lo que respecta a la legalidad de la actuación inspectora de la CNMC.

En primer lugar, en su Sentencia de 27 de febrero de 2015, recurso 1292/2012, (asunto Transmediterránea) el Tribunal Supremo estableció que:

"Las Ordenes de investigación que examinamos resultan sumamente genéricas e incurren en un claro déficit en cuanto a la información mínima indispensable sobre el objeto y alcance de la investigación, pues respecto a las conductas inspeccionadas se refiere a aquellas contrarias a los artículos 1 y 2 de la LDC y los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , consistentes, en general en acuerdos para el reparto de mercado, la fijación de precios, la fijación de condiciones comerciales, la imposición de precios, la imposición de condiciones comerciales no equitativas, así como cualquier otra conducta que pudiera contribuir al cierre del mercado de transporte marítimo regular de pasaje, vehículos en régimen de pasaje y carga.

[...] Tampoco se hace en las Ordenes impugnadas una mención al singular ámbito de la actuación de la investigación, pues se refieren de manera genérica y excesivamente amplia al mercado de "transporte marítimo regular de pasaje vehículos en régimen de pasaje y carga", sin especificar el tipo o modalidad del mismo, ni se define ni precisa el ámbito territorial al que se refiere la investigación.

[...] En fin, los datos y elementos contenidos en las Ordenes de investigación impugnadas no delimitan, como se exige en el artículo 40 de la Ley de Defensa de la Competencia y en el artículo 13 del Reglamento mencionado, las conductas objeto de la investigación, ni tampoco acotan de forma adecuada su objeto: el transporte marítimo al que se refiere, la modalidad, el régimen y en fin, el ámbito territorial de la actividad en la que operan las compañías recurrentes, siendo así que esta información podría fácilmente ceñirse en la medida que la denuncia inicial que dio lugar a la actuación de la Comisión Nacional de la Competencia se constriñó exclusivamente al ámbito balear."



En términos similares se pronunció este Tribunal Supremo en su Sentencia de 10 diciembre 2014, recurso 4201/2011 (asunto Unesa), en la que se señala que, puesto que la actuación inspectora de la CNMC afecta directamente al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, garantizado en el artículo 18.2 CE , tal injerencia debe cumplir con los requisitos legalmente establecidos para que se la pueda considerar legítima:

"Partiendo de esa premisa, es indudable que toda actuación administrativa que comporte una invasión o interferencia en el domicilio de una persona física o jurídica debe producirse, para no ser ilegítima, dentro los cánones legalmente establecidos. En el ámbito específico de actuación de los órganos reguladores en materia de defensa de la competencia la normativa que resulta de aplicación viene constituida por los artículos 40 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , y 13 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, preceptos que deben ser interpretados y aplicados en consonancia con lo dispuesto en la normativa comunitaria europea sobre competencia, en particular, el Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2003, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea, cuando se trate de conductas que en principio pudieran encajar en estos dos últimos preceptos."

En lo que respecta al contenido del objeto de la orden, este Tribunal concluyó en la mencionada Sentencia en el asunto Unesa que:

"Trasladando las consideraciones que llevamos expuestas al caso que nos ocupa, no resulta exigible que la Orden de Investigación contuviese una información pormenorizada sobre los hechos y datos que eran objeto de investigación; pero sí debía contener especificaciones que indicasen de manera suficiente el objetivo y finalidad de la investigación."

En la citada Sentencia, el Tribunal Supremo concluyó que la CNMC había conculcado el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, dado que la orden no incluía las concreciones suficientes a la definición del objeto y finalidad de la inspección conforme a la LDC y el RDC.

Cabe también invocar la Sentencia 1658/2017 de este Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, de 31 de octubre de 2017 , que incluye un aspecto novedoso en materia de actividad inspectora. En dicha Sentencia, se desestima el recurso de casación interpuesto por CNMC contra la sentencia de 15 de diciembre de 2016 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid , desestimatoria, a su vez, del recurso de apelación formulado contra el Auto del Juzgado de lo Contencioso- Administrativo núm. 6, de 14 de octubre de 2016; éste había denegado la solicitud de autorización de entrada, por parte de la CNMC, en el domicilio de la Sociedad Española de Montajes Industriales. El objeto del recurso de casación resuelto por la señalada Sentencia consistía en determinar el grado de concreción de la información que deben contener las solicitudes de autorización de entrada en el domicilio de una empresa formuladas por la CNMC, así como el alcance y la extensión del control judicial sobre las mismas cuando se trata de una investigación preliminar o procedimiento de información reservada (en aquel caso, la investigación se inició en base a información obtenida en el marco del programa de clemencia ex artículo 65 LDC ; en este caso la inspección a Isma se efectuó sobre la base de la denuncia de un tercero). Pero el análisis efectuado en la Sentencia citada trasciende el concreto supuesto del alcance y la extensión del control judicial sobre las solicitudes de autorización de entrada. Así, el Tribunal Supremo analiza en el Fundamento Jurídico Sexto de la citada Sentencia los requisitos de validez de las órdenes de investigación conforme al artículo 13.3 RDC, en lo que se refiere a la necesaria motivación en cuanto al objeto, la finalidad y alcance de las inspecciones.

En primer lugar, el Tribunal Supremo recuerda que el hecho de que una orden de investigación sea emitida en una fase preliminar de una investigación no obsta para que la CNMC deba respetar las exigencias mínimas establecidas en la LDC, el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC) y la jurisprudencia.

En lo que se refiere a las especificaciones básicas que debe contener una orden de investigación sobre el objeto y finalidad de una inspección, el Tribunal Supremo establece que:

"La orden de investigación que nos ocupa no contiene en sí misma las especificaciones básicas sobre el objeto y finalidad de la inspección respecto a la sociedad afectada, expresión que, a los efectos aquí debatidos, incluye la necesaria mención a algún elemento que venga a vincular a la sociedad afectada con los hechos objeto de investigación y que justifique la autorización de entrada. Con arreglo a nuestra jurisprudencia, la entrada domiciliaria ha de estar suficientemente fundada y entre los elementos que han de valorarse para la correspondiente

ponderación judicial, se encuentra, aún con un carácter mínimo, la exposición de algún elemento de conexión entre la sociedad titular del derecho fundamental y el objeto en el que se centra la investigación de la Comisión." (F. J. 6).

Por lo tanto, la citada Sentencia de 31 de octubre de 2017 señala, como novedad, la necesidad de que la orden de inspección mencione algún elemento que vincule a la sociedad a inspeccionar con los hechos objeto de la investigación en la que se enmarca la inspección.

Aplicando lo anteriormente expuesto al caso que nos ocupa, ha de concluirse que el objeto, finalidad y alcance de la inspección que se mencionan en la orden de la inspección a Isma resultan excesivamente amplios, infringiendo las Sentencias a las que se ha hecho referencia.

"La CNC dispone de información según la cual diversas empresas en el sector de la gestión de residuos sanitarios, habrían podido incurrir en prácticas anticompetitivas en los mercados de recogida, transporte y tratamiento de residuos sanitarios, cuyo objeto sería el reparto de mercado de fijación de precios y de condiciones comerciales, que se podrían extender a otros mercados de recogida, transporte y tratamiento de residuos".

Así, el objeto, finalidad y alcance de la inspección efectuada a Isma resultan demasiado amplios tanto en relación con (a) los mercados objeto de la investigación (cualquier mercado de recogida, transporte y tratamiento de residuos se vería incluido, independientemente del tipo de residuo, de los que existen numerosos tipos); como (b) el catálogo de infracciones dado que se menciona la posible existencia de "prácticas anticompetitivas", sin que el señalar que "cuyo objeto sería el reparto de mercado de fijación de precios y de condiciones comerciales" aporte la suficiente claridad, dada la amplitud de lo señalado.

La orden de inspección no parece incluir elemento alguno que vincule a Isma con los hechos objeto de la investigación en la que se enmarcó la inspección, aun asumiendo, que dicho objeto se adecuara a los requisitos jurisprudenciales.

La Audiencia Nacional reconoce la amplitud del objeto de la orden de investigación, si bien lo justifica sobre la base de la doctrina del hallazgo casual, invocando la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2016, recurso 113/2013 (asunto Montesa-Honda). Es decir, que la Sala de instancia ha confirmado en la Sentencia "la extrema vaguedad de la fórmula empleada por la autoridad de competencia", que no amparaba la utilización del material probatorio con el que se ha sancionado a Uder. No estamos, por tanto, ante un hecho controvertido, en lo que se refiere a la extrema vaguedad de la orden, a los efectos del presente debate casacional.

En nuestra opinión, la Audiencia Nacional trata de aplicar la doctrina del hallazgo casual desarrollada en el asunto Montesa-Honda a un supuesto de hecho diferente. En este caso, la diferencia consiste en que la orden en el asunto Montesa-Honda se adecuaba a la información con la que contaba la CNMC para ordenar la inspección (acuerdos de naturaleza vertical entre Honda y sus distribuidores). Por el contrario, en el caso que nos ocupa, el objeto de la orden de inspección a Isma es excesivamente amplio, cubriendo además mercados y conductas respecto de los cuales la CNMC carecía de información alguna sobre posibles infracciones (la CNMC únicamente tenía información sobre supuestas infracciones relativas a los residuos sanitarios), tal y como ha reconocido la Audiencia Nacional en la Sentencia recurrida.

En opinión de Uder, la doctrina del hallazgo casual no debería poder extenderse a situaciones en las que, como es el caso, el objeto de la orden de inspección es excesivamente amplio por no ajustarse a la información disponible en poder de la CNMC sobre una posible conducta anticompetitiva. En efecto, la doctrina del hallazgo casual no debería poder aplicarse a documentación obtenida en el marco de un registro que no habría sido "practicado de forma regular y conforme a derecho", en los términos mencionados en la Sentencia del TS asunto Montesa-Honda.

En definitiva, y sobre la base de la jurisprudencia citada, la CNMC no estaba legitimada para aprehender documentación no relativa al mercado sobre el cual tenía sospechas de la existencia de infracción. La orden investigación incumple los requisitos esenciales con los que ha de contar según lo dispuesto en el artículo 13.3 del RDC para ser una interferencia legítima de un derecho fundamental. Por lo tanto, y puesto que se ha vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio de Isma (vulneración que no ha afectado solamente a Isma, sino también a Uder, dado que la documentación desglosada en el expediente sancionador S/0430/12 Recogida de papel, a resultas del cual Uder resultó sancionada), la CNMC se debería haber abstenido de utilizar la documentación relativa a la recuperación de papel y cartón para incoar el citado expediente S/0430/12 Recogida de papel.

2º Infracción de los artículos 1 LDC y 101 TFUE .

Conforme al Auto de admisión del recurso, la segunda de las cuestiones planteadas en el recurso que presenta interés casacional para la formación de jurisprudencia se refiere a la interpretación de los artículos 1 LDC y 101 TFUE, a fin de aclarar en qué condiciones resulta aplicable la exención contenida en los citados preceptos, en relación con acuerdos de cooperación horizontal que implican la creación de una nueva sociedad que se presenta como una alternativa al operador dominante y como la única forma de acceder a un nuevo segmento del mercado.



Los argumentos planteados por Uder en el procedimiento de instancia pueden resumirse en los siguientes:

La constitución de Uder responde al propósito de acceder a un mercado (que sin la existencia de Uder sería un cuasi monopolio) en el que los socios de Uder (empresas de recuperación de papel y cartón de ámbito local) no podrían competir individualmente;

Los servicios de recuperación de residuos de papel y cartón para generadores de este tipo de residuos de implantación nacional (o, se entiende, supra-autonómica, como por ejemplo grandes cadenas de distribución) que requieran la prestación de estos servicios por parte de sus empresas recuperadoras homologadas (que han de contar con infraestructuras en todo el territorio), frecuentemente necesitan y exigen contratar con un solo gestor de residuos de papel y cartón. La constitución de Uder no hizo sino introducir competencia en un mercado, el de los servicios de recuperación para el mencionado grupo de clientes, copado por la empresa multinacional Saica Natur.

Es importante tener en cuenta que las empresas de recuperación que forman Uder compiten en sus respectivos ámbitos geográficos locales, siendo dichos ámbitos geográficos complementarios.

En seno del procedimiento de instancia ante la Audiencia Nacional, Uder argumentó que no existía infracción de los artículos 1.1 LDC y 101.1 TFUE, dado que:

El propósito de Uder es procompetitivo, dado que, como se ha señalado, la cooperación a través de dicha empresa permite a pequeñas empresas de recuperación de carácter local (que forman parte de Uder como socios) acceder a un mercado de recuperación de papel y cartón al que no tendrían acceso de otra forma (mercado de recuperación de papel demandada por grandes clientes a nivel nacional), con lo que no se habrían infringido los artículos 1.1 LDC y 101.1 TFUE, dada la ausencia de restricción por el objeto o por razón de los efectos;

Sin perjuicio de lo anterior, cualquier posible restricción de la competencia que pudiera observarse debería ser calificada como una restricción accesorias, a la que no sería de aplicación la prohibición de los artículos 1.1 LDC y 101.1 TFUE;

Con carácter subsidiario, operaría la exención de los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE.

Varios son los reproches que se dirigen contra la sentencia:

a) La sentencia de la Audiencia Nacional no entra realmente a valorar, más allá de una breve referencia a la Resolución, si las supuestas restricciones de la competencia identificadas en la Resolución se verían justificadas como restricciones accesorias, tal y como argumentó Uder.

En opinión de Uder, cabe aplicar en este caso, la doctrina de las restricciones accesorias en los términos planteados por los Tribunales de la UE. En la Sentencia del Tribunal General de 24 de mayo de 2012 (asunto T-111/08, MasterCard, Inc. y otros contra Comisión Europea):

"El concepto de restricción accesorias cubre toda restricción directamente vinculada a la realización de una operación principal y necesaria a tal efecto (sentencia del Tribunal de 18 de septiembre de 2001, M6 y otros/Comisión, T-112/99, Rec. p. II-2459, apartado 104).

Por restricción directamente vinculada a la realización de una operación principal hay que entender toda restricción subordinada en importancia a la realización de dicha operación y que implique un vínculo evidente con ésta última (sentencia M6 y otros/Comisión, apartado 77 supra, apartado 105).

Por su parte, la condición relativa al carácter necesario de una restricción implica el examen de dos extremos. Por una parte, se debe analizar si la restricción es objetivamente necesaria para la realización de la operación principal y, por otra, si es proporcionada a tal efecto (sentencia M6 y otros/Comisión, apartado 77 supra, apartado 106).

En cuanto al carácter objetivamente necesario de una restricción, es preciso destacar que, en la medida en que no puede aceptarse la existencia de una "rule of reason", sería erróneo interpretar que la condición de la necesidad objetiva implica una ponderación de los efectos positivos o negativos para la competencia de un acuerdo. Sólo en el contexto específico del artículo 81 CE, apartado 3, se puede efectuar dicho análisis.

Por consiguiente, el examen del carácter objetivamente necesario de una restricción en relación con la operación principal sólo puede ser relativamente abstracto. No consiste en analizar si, en vista de la situación de competencia en el mercado correspondiente, la restricción es imprescindible para el éxito comercial de la operación principal, sino más bien en determinar si, en el contexto particular de la operación principal, la restricción es necesaria para la realización de dicha operación. Si la operación principal resulta difícil de realizar o incluso irrealizable sin la restricción, ésta puede considerarse objetivamente necesaria para su realización (sentencia M6 y otros/Comisión, apartado 77 supra, apartados 107 y 109)."



La Sentencia de instancia yerra al no considerar que cualquier restricción de la competencia que pudiera apreciarse en este caso no sería susceptible de infringir la prohibición del artículo 1.1 LDC y 101.1 TFUE , puesto que la creación de UdER responde a un propósito procompetitivo, como es posibilitar la existencia de una oferta competitiva a la de Saica Natur en el territorio nacional de España, espacio en el cual muchos clientes solicitan los servicios (y espacio territorial en el que los miembros de UdER no podrían de ningún modo operar por sí mismos pues su ámbito es local).

b) En segundo lugar, la Sentencia no aplica correctamente los criterios establecidos en las Directrices de la Comisión Europea sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal. Una correcta interpretación de dichas Directrices llevará a la conclusión de que la creación y funcionamiento de UdER permite a los socios de dicha empresa acceder a un mercado al que no podrían acceder por sí mismos (debido a limitaciones materiales de sus medios de producción).

No se aclara suficientemente la Sentencia recurrida (Fundamento de Derecho Séptimo), por qué la Audiencia Nacional no considera apropiada la aplicación a este caso de la salvaguardia regulatoria incluida en párrafo 240 de las citadas Directrices Horizontales, según el cual:

"Los acuerdos de comercialización entre competidores solo pueden producir efectos restrictivos de la competencia si las partes tienen cierto grado de poder de mercado. En la mayoría de los casos, no es probable que exista poder de mercado si la cuota de mercado conjunta de las partes del acuerdo es inferior al 15%. En cualquier caso, si la cuota de mercado conjunta de las partes no excede del 15% es probable que se cumplan las condiciones del artículo 101, apartado 3."

En este caso concreto, como reconoce la CNMC y la Sentencia de instancia, la cuota de mercado de las empresas de recuperación de ámbito geográfico local que forman UdER se sitúa por debajo del 15% de los mercados de recuperación de papel y cartón, y de comercialización de papel y cartón recuperado.

La Comisión Europea, señala en sus Directrices Horizontales que:

"Por lo general 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 al que no hubiera podido acceder individualmente o con un número de partes menor que el que participa realmente en la cooperación, por ejemplo, debido a los costes implicados. Una aplicación concreta de este principio serían los arreglos de consorcio que permiten a las empresas implicadas participar en proyectos que no podrían emprender individualmente.

Como las partes del arreglo de consorcio no son, por lo tanto, competidores potenciales en la ejecución del proyecto, no existe restricción alguna de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1." (Directrices Horizontales.

Párrafo 237.).

Este sería precisamente el caso de UdER. Como se ha señalado, ha quedado patente que los socios necesitaban sus infraestructuras complementarias para acceder al mercado de recuperación de ámbito nacional. UdER es, por lo tanto, indispensable para competir a nivel nacional.

c) En tercer lugar, la Audiencia Nacional desestima la aplicación de la exención prevista en los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFEU, invocando la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2017, recurso 2468/2015, asunto Productores de mejillón gallego, sin que los supuestos de hecho coincidan.

La citada Sentencia no sería, en opinión de UdER, aplicable al caso que nos ocupa, dado que los supuestos de hecho difieren. En concreto:

Mientras que, en el caso de UdER, la cuota de mercado combinada de las partes del acuerdo de cooperación (los socios de UdER) se situaba por debajo del 15%, en el caso del asunto Productores de mejillón gallego, la cuota de mercado de las partes se situaría en torno al 80% del mercado. A la luz de la Sentencia citada, parece que el grado de poder de mercado de las partes en aquel asunto fue un elemento fundamental para confirmar la resolución sancionadora de la CNMC contra los productores de mejillón gallego.

En el citado asunto del mejillón gallego, el Tribunal Supremo menciona la existencia de "mecanismos de control en forma de boicots y represalias", que no existirían en el asunto que nos ocupa.

Pero es que, además, en este caso, el carácter pro-competitivo de UdER fue demostrado por el informe económico aportado por UdER en el expediente administrativo (Informe Económico), que no ha sido tenido en cuenta en la Sentencia objeto de este recurso. En concreto, la Audiencia Nacional invoca el asunto del mejillón gallego en relación con que la carga de la prueba recae sobre la empresa que invoque lo dispuesto en el apartado



3 del artículo 1 LDC Y 101 TFUE , habiendo presentado Uder el Informe Económico y citándolo en el procedimiento de instancia.

Además, Uder ha argumentado convenientemente el cumplimiento con los requisitos de la exención del apartado 3 del artículo 1 LDC y 101 TFUE . De manera muy resumida:

i. La cooperación a través de Uder contribuye a la mejora de la producción o distribución de bienes o servicios o a la promoción del avance económico o técnico. De acuerdo con el Informe Económico mencionado más arriba: "se ha observado que un 80% de los contratos que Uder ha ganado a un competidor fueron ganados a Saica, mientras que el 10% de ellos provienen de FCC-Marepa, lo que indica que Uder ejerce una presión competitiva relevante sobre ambas empresas. Sin lugar a dudas, la evidencia mostrada claramente sugiere que la entrada de Uder en el mercado o segmento de recuperación de residuos de papel y cartón a nivel nacional ha conllevado un aumento del nivel de competencia en el mercado y ha generado, por lo tanto, efectos pro-competitivos en el mismo."

Esto se traduce en que, el hecho de que un generador de residuos que trabaja con Saica Natur haya optado por la oferta presentada por Uder es por sí solo evidencia de que la creación de Uder ha conllevado ganancias para los generadores de residuos de implantación nacional que demandan contratar con un solo gestor de residuos de papel y cartón. En este sentido, cabe mencionar que la Comisión Europea concluyó en la Decisión del asunto TPS, que la promoción de la competencia que suponía la mera creación de un operador adicional ya suponía una eficiencia suficiente para justificar un acuerdo restrictivo. En concreto:

"(114) Al favorecer el lanzamiento con éxito de una nueva plataforma en el mercado de la televisión de pago, las disposiciones relativas al derecho de prioridad de TPS sobre las cadenas temáticas y servicios audiovisuales producidos o controlados por los asociados y a la exclusividad de las cadenas generalistas permiten la emergencia de un nuevo operador y amplían la oferta de servicios de televisión de pago para los telespectadores franceses."

ii. Los consumidores perciben una cuota justa de los beneficios resultantes.

Con la entrada en el mercado de Uder los grandes generadores de residuos cuentan con una alternativa clara a Saica Natur. Los fabricantes de papel, por su parte, tienen la posibilidad de firmar acuerdos de suministro garantizados. Si los fabricantes de papel están dispuestos a abonar un precio algo superior es por el volumen de papel y la garantía de entrega de este que ofrece Uder.

Cabe recordar que el párrafo 250 de las Directrices Horizontales establece que "[...] Cuando las partes tengan una cuota de mercado conjunta inferior al 15 %, es probable que cualesquiera mejoras de eficiencia demostradas resultantes del acuerdo beneficien suficientemente a los consumidores."

iii. No se imponen restricciones no indispensables.

De acuerdo con el párrafo 74 de las Directrices de la Comisión Europea relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado (Directrices Generales), lo decisivo es si el acuerdo es restrictivo o no y si cada una de las restricciones permite probablemente o no realizar la actividad con más eficacia que en su ausencia. La cuestión no es si, de no haber restricción, no se habría celebrado el acuerdo, sino si con el acuerdo o la restricción se generan más eficiencias que sin ellos.

En este caso ha de considerarse que se ha acreditado en el procedimiento de instancia que Uder responde a un fin pro-competitivo. En cuanto a las supuestas restricciones: (a) el sistema de adjudicación de los servicios de recuperación contratados por los clientes de ámbito nacional y el escandalo de costos son necesarios para el funcionamiento fluido de Uder a la hora de negociar con posibles clientes; y, (b) las reglas establecidas en el Protocolo para la comercialización y puesta disposición de Uder de un volumen fijo de residuos, son necesarias para asegurar el cumplimiento con los contratos de suministro firmados por Uder, y poder responder a solicitudes puntuales de oferta de materiales recuperados. En todo caso, la Sala ha de tener en cuenta que la resolución confunde los mecanismos necesarios para el funcionamiento interno de Uder, que en ningún momento surten efectos frente a terceros, con restricciones graves de la competencia.

iv. No hay posibilidad de eliminar la competencia respeto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

El párrafo 17 de las Directrices Generales establece que:

"Si se elimina o no la competencia a efectos de la última condición del apartado 3 del artículo 81 es cuestión que depende del grado de competencia que existiera antes del acuerdo y de la incidencia del acuerdo restrictivo sobre la competencia, esto es, de la reducción de la competencia debida al acuerdo [...]"



La creación de UdER supone un incremento de la competencia ya que ha entrado en un mercado monopolizando, casi en su totalidad, por Saica Natur. Aunque los socios de UdER prácticamente no compiten entre sí, por razones geográficas, su cuota conjunta se encuentra por debajo del 15% reflejándose su poca influencia y la imposibilidad de eliminar la competencia.

Por último, hay que señalar que la Sentencia recurrida hace referencia al artículo 50.2 LDC, que establece que la empresa que invoque la aplicación del apartado 3 del artículo 1 LDC ha de aportar prueba de que se cumplen las condiciones establecidas en dicho apartado. Según la Audiencia Nacional, en este caso no se habría cumplido con este requisito. No obstante, ha de recordarse que UdER aportó el Informe Económico durante el procedimiento administrativo (al que no hace referencia la Sentencia de instancia). Además, en el propio procedimiento de instancia UdER solicitó en virtud del artículo 60 LJCA que se dirigieran preguntas escritas a varios de sus clientes (tanto clientes a los que prestaba servicios de recuperación como a fabricantes de papel a los que vendía papel y cartón recuperado). Las respuestas a dichas preguntas, incluidas en el expediente judicial de la Sala de instancia, muestra como la cooperación a través de UdER resulta pro-competitiva, suponiendo esta empresa una alternativa al operador cuasi-monopolista, Saica Natur.

En consecuencia, contrariamente a lo señalado en la Sentencia recurrida, UdER ha aportado prueba sobre la aplicación de la exención del apartado 3 del artículo 1 LDC (prueba pericial aportada durante el procedimiento ante la CNMC, como lo son los informes elaborados por los expertos económicos, así como la prueba practicada en el procedimiento de instancia), si bien la Audiencia Nacional no ha entrado a valorar dicha prueba.

Por todo ello, solicita se dicte sentencia con los siguientes pronunciamientos:

(i) La anulación de la Sentencia impugnada, en lo que no ha resultado estimatoria de las pretensiones de UdER, dictando otra en su lugar por la que, con estimación del recurso contencioso-administrativo, se deje sin efecto, por su disconformidad a Derecho, la Resolución de la CNMC de 6 de noviembre de 2014, dictada en el expediente sancionador S/0430/12, Recogida de papel.

(ii) Subsidiariamente, que se estime el recurso y ordene reponer las actuaciones ante la Sala de Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional para que, una vez subsanadas tales infracciones, y tras los trámites procesales oportunos, dicte nueva Sentencia sobre el fondo del asunto.

(iii) Y subsidiaria a las dos anteriores, que se anule parcialmente la Sentencia impugnada dictando otra en su lugar para que deje sin efecto la sanción económica impuesta a UdER, eliminando la sanción o, con carácter subsidiario, se acuerde reducir el importe de la citada sanción a un importe simbólico, o un importe menor, de conformidad con la LDC, pues UdER ha actuado en todo momento de buena fe, movido tan solo por el legítimo propósito mercantil de posibilitar una oferta de alcance nacional aglutinando para ello a operadores locales que por sí solos jamás habrían podido acceder al mercado.

Cuarto.

El Abogado del Estado se opone al recurso.

Respecto a la primera de las cuestiones planteadas con interés casacional: el hallazgo casual de documentos, afirma que, tal y como se deduce del Auto de admisión de este recurso, existe jurisprudencia de la Sala sobre el hallazgo casual de la que resulta exponente, entre otras, la sentencia de 6 de abril de 2016 (RCA 13/2014): "si una entrada y registro están debidamente autorizados por el correspondiente mandamiento judicial y si el registro y la incautación de documentación se producen de forma adecuada y proporcionada al objeto de la entrada y de la investigación, el material obtenido casualmente y ajeno al objeto de la investigación puede ser legítimamente empleado para una actuación sancionadora respecto de una actividad ilegal distinta a la que determinó la autorización judicial de entrada y registro, en el supuesto de que dicho material sea indiciario de una tal actuación ilegal y siempre que el procedimiento seguido con el mismo tras su hallazgo sea a su vez procedimentalmente adecuado" (FJ 4º)

En consecuencia, el hallazgo casual de material del que se infiere la comisión de una infracción en materia de competencia, obtenido en el curso de una actuación investigadora desarrollada de forma legal y proporcionadamente, permite utilizar ese material para la incoación de actuaciones siempre que: a) La entrada y registro estén amparadas por el correspondiente mandamiento judicial; b) La orden de investigación sea ajustada a Derecho; c) La incautación de documentos se produzca de manera adecuada y proporcionada al objeto de la entrada e investigación; d) El material obtenido sea indiciario de una actuación ilegal; y, e) El procedimiento seguido a partir de la incautación del material sea el adecuado.

En este caso, dicho hallazgo dio lugar a la incoación de un expediente sancionador del que trae causa la Resolución impugnada en la instancia que, confirmada por la sentencia recurrida, acredita que se ha cometido una infracción de los artículos 1 LDC y 101 TFUE .

La sentencia recurrida se pronuncia sobre esta cuestión en su FD 5º donde, al analizar la regularidad de la orden de investigación, destaca:

"[...] Se describe la naturaleza de las conductas presuntamente infractoras y sus características como prácticas anticompetitivas, consistentes en acuerdos para la fijación de precios y condiciones comerciales. Son descripciones claras y suficientes en este estado inicial de la investigación, en el que la razón de ser de la orden de entrada es justamente recabar pruebas al respecto. Ciertamente no puede predicarse la misma concreción de la petición de investigación vinculada a "tratamientos de residuos de otro tipo", extremo que por su vaguedad no puede aceptarse, por lo que la validación de la actuación inspectora se reduce a las otras conductas, claramente referidas, que integran tipos sancionadores sobre cuya concreción nadie ha planteado cuestión alguna.

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

[...]

La recurrente señala que, en todo caso, la resolución recurrida no aplicó correctamente la doctrina del hallazgo casual que actuaría como paliativo de los defectos que imputa a la orden de investigación. En relación con esta afirmación, el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 6 de abril de 2016, recurso de casación nº 113/29013 FJ4, ha señalado que

[...]

La aplicación de esta doctrina nos lleva a rechazar éste motivo porque una vez que la CNMC advirtió que la documentación intervenida se refería a dos conductas distintas inició una información reservada que dio lugar a un expediente sancionador diferente, el que motiva estas actuaciones y al que incorporó la documentación intervenida en el anterior.

Además, la actora pudo hacer alegaciones sobre estos hechos y datos por lo que se han respetado las exigencias jurisprudenciales y legales. En este sentido la STJCEE, de 17 de octubre de 1989, asunto 85/87, Down Benelux apartado 19, no impone que la autoridad de competencia esté obligada a realizar una nueva investigación o a solicitar de nuevo una copia de la documentación que ya obra en su poder, sin perjuicio de actividades de complemento de prueba que estime necesarias. Este criterio se ha ratificado en la STJUE de 18 de junio de 2015, asunto C 583-13, Deutsche Bahn, apartado 58.

Como puede verse, la resolución recurrida, en sus apartados 4 y siguientes detalla las actuaciones de investigación realizadas por la autoridad de competencia referidas al funcionamiento de UDER en los mercados afectados en esta investigación (tipo de producto objeto de la recogida y suministro, listado de clientes, modo de facturación a sus socios,) de manera que su actuación se llevó a cabo en el marco de la jurisprudencia indicada".

Debe resaltarse que la clave de la aplicación de la doctrina del hallazgo casual al caso viene determinada por la definición del mercado de residuos realizada por la orden de investigación que no se ciñe al mercado de los residuos sanitarios, sino que incluye dentro de su perímetro de actuación, el mercado de otros tipos de residuos, como resultó del descubrimiento de prácticas anticompetitivas vinculadas al mercado de recogida y reciclado de cartones y papel.

La alegada amplitud y vaguedad de la orden de investigación fue respondida por la sentencia en su f.j quinto, en los términos supra indicados destacando, además, que no ha existido indefensión para la parte recurrente.

La conclusión del juzgador de instancia es absolutamente ajustada a Derecho puesto que los hechos probados del caso, irrevisables en casación (artículo 87 bis de la Ley Jurisdiccional) acreditan que, tal como consta en la orden de investigación, los indicios probatorios con los que contaba la autoridad de competencia para dictarla provenían de una denuncia formulada por la mercantil Adamo SL contra Isma 2000 SL, a la que acusa de haber pactado el mercado de recogida de residuos sanitarios. Consta también que la CNMC contaba con las actuaciones preliminares de verificación recabadas en el seno de la información reservada que se tramitó como consecuencia de la denuncia y existe una definición del mercado de producto que comprende los residuos de otro tipo como son

los relacionados con el descubrimiento al referirse al cartón y papel, de modo que, como resuelve con acierto la sentencia de instancia, no puede concluirse que la inspección tuviera un carácter aleatorio o que se practicase sin elementos objetivos definidores de su ámbito y finalidad. En conclusión, no se trató de una inspección aleatoria desprovista de base alguna como señala el FD Quinto de la sentencia recurrida.

La sentencia resuelve la cuestión planteada con acierto. El hallazgo se produce en el ámbito delimitado por la inspección para investigar posibles conductas colusorias en el mercado de "recogida y tratamiento de residuos, tanto sanitarios como de otro tipo". No se trata de una fishing expedition, porque, como resalta la sentencia, la orden trae causa de indicios probatorios suficientes de modo que la investigación no es aleatoria sino basada en indicios bastantes de los que se infieren posibles conductas anticompetitivas. Sobre esos hechos se dicta una orden de investigación que reúne los requisitos legalmente exigidos y que no se acota a los residuos sanitarios, sino que incluye los "residuos de otro tipo", entre los que están la recogida y tratamiento de residuos de papel. La investigación se desarrolla con regularidad y plenas garantías y en el curso de la misma se obtiene información de la que resultan hechos que pueden constituir conductas anticompetitivas en el mercado de recogida y tratamiento de otros residuos (papel y cartón) dando origen dicha información a la incoación del expediente S/0430/12 Recogida de Papel.

Por consiguiente, la jurisprudencia sobre el "hallazgo casual" está suficientemente formulada y precisada con rigor sin que sea necesario modificarla o reformularla.

Establecida esta jurisprudencia, respecto de la aplicación la misma al caso aquí tratado para dictar sentencia, se considera que el recurso debe ser desestimado porque se cumplen los requisitos exigidos por la jurisprudencia en el expediente sancionador examinado.

En primer lugar, porque el origen de la obtención de información trae causa de una inspección regular de la CNMC basada en indicios razonables y suficientes de presuntas conductas colusorias y se desarrolla a través de una inspección domiciliaria autorizada judicialmente con arreglo a una orden de investigación que cumple los requisitos legales exigidos.

En segundo lugar, porque dicha inspección se desarrolla con normalidad y de manera proporcionada.

En tercer lugar porque, es en el curso de esa inspección que se desarrolla por los cauces de la orden de investigación y con autorización judicial de entrada en domicilio cuando el personal inspector de la CNMC encuentra casualmente "[...] los datos o documentos que revelen o sean indiciarios de actuaciones ilícitas distintas a las que determinaron la investigación pueden ser legítimamente empleados por la Administración en una ulterior actuación sancionadora", debiendo resaltarse que dicha información se obtiene por relación con el objeto de la inspección que no se ciñe a residuos sanitarios sino a residuos de todo tipo y porque la información obtenida se obtiene de forma accidental pero referida al mercado inspeccionado, de modo que concurren todos los requisitos señalados por la jurisprudencia para aplicar la doctrina del "hallazgo casual".

Debe insistirse en que, contra lo que dice el recurso, la orden de investigación cumplía todos los requisitos legales, se obtuvo autorización judicial de entrada en domicilio y en el desarrollo de la investigación se obtuvo información de la que resultaban potenciales conductas colusorias en el marco del mercado otro tipo de residuos (recogida y reciclado de papel y carbón). No es cierto que la sentencia recurrida falle contra dicha jurisprudencia y no es cierto que la orden de investigación haya sido anulada o responda a una fishing expedition. El uso de la investigación así obtenida es imprescindible para garantizar el efecto útil a las inspecciones en materia de competencia, por lo que, -contra lo que se dice en el recurso-, es claro que se aplicó correctamente la jurisprudencia del "hallazgo útil" fijada por esa Sala del Tribunal Supremo y que no es preciso reformular o matizar dicha jurisprudencia bien definida en sus elementos esenciales y bien aplicada al caso por la sentencia recurrida.

Sobre la segunda cuestión de interés casacional: la concurrencia de la excepción prevista en los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE.

El recurso considera que concurre la excepción en base a los siguientes argumentos:

1) las empresas no son competidoras porque aquí se da un acuerdo no restrictivo entre no competidoras; 2) las reglas internas de UDER no suponen que exista competencia entre los socios ya que ésta se dirige a un segmento de clientes que no es accesible para las empresas socias de UDER y operan en zonas geográficas diferenciadas; 3) Que, por tanto las empresas no operan en el mismo mercado geográfico ni de producto con cita de la Comunicación de la Comisión relativa a la definición del mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia; 4) la sentencia recurrida ignora que las empresas que prestan sus servicios en un mercado local no compiten con otras empresas que lo prestan en otro mercado local. Se trata, según el recurrente, de una conducta lícita que no restringe la competencia porque concurren los requisitos del artículo 1.3 LDC y 101.3 TFUE; 5) fueron las características de los socios de UDER y la imposibilidad de competir a nivel nacional con SAICA, la que determinó la constitución de UDER para optar a contratos de recuperación de cartón y

papel a nivel nacional. Como quiera que esta finalidad es lícita la operación no puede ser anticompetitiva; 6) Concluye que, se trata de restricciones accesorias compensadas.

El abogado del estado alega que el recurrente no alude al "Club" que precede a UDER y subsiste tras su constitución.

Es posible concertar acuerdos de cooperación horizontal entre empresas que den lugar a beneficios económicos sustanciales "[...] en especial si combinan actividades, conocimientos o activos complementarios. La cooperación horizontal puede ser un medio de compartir riesgo, ahorrar costes, incrementar las inversiones, agrupar los conocimientos técnicos, aumentar la calidad y variedad del producto y lanzar más rápidamente la innovación" (apartado 1.1 , 2 de las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal -las Directrices-) . Sin embargo, las Directrices (1.1., 3) expresan también que la cooperación horizontal puede 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" De ahí que, aun admitiendo las ventajas económicas que pueden derivar de la cooperación horizontal, sea necesario velar por mantener una competencia efectiva a cuyos efectos el artículo 101 TFUE establece el marco necesario (1.1.4), así como el artículo 1 LDC en el ámbito nacional.

Para acogerse a la excepción legal es necesario cumplir una serie de requisitos (artículo 1.3 LDC):

"La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que:

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

La sentencia recurrida analiza esta cuestión en su FD 6º, partiendo de una serie de hechos probados (f. j 5) y, respecto de las conductas investigadas que no fueron desacreditados en el proceso de instancia.

Por ello la sentencia de instancia, en base a tales hechos, afirma "[...] la actuación concertada llevada a cabo por las empresas integradas en UDER en los dos mercados definidos en la resolución, el de recuperación y el de comercialización de papel y cartón recuperado en España, con la finalidad de repartirse entre ellas la actividad en dichos mercados y los clientes, así como a concertar precios e intercambiar información comercial sensible"; y "[...]Sobre la acreditación de tales conductas existe un abundante material en el expediente administrativo que prueba la constitución de UDER (folios 525 a 560), la existencia de los repetidos acuerdos parasociales (folios 561 a 593) y los acuerdos adoptados en el seno del consejo de administración de UDER de 4 de marzo de 2008 (folios 603 y 604)" continuando: "[...] En cuanto a los acuerdos que suponían la puesta en marcha de mecanismos de coordinación, los folios 686 a 689 documentan el denominado "Procedimiento para comercialización de materiales", a cuyo contenido nos hemos referido antes al relacionar los hechos, reflejando, por ejemplo (folio 805), las compensaciones de tonelaje entre los socios a fin de que pudieran cumplirse los compromisos contractuales asumidos por UDER. - Constan, asimismo, los recordatorios de cumplimiento de los compromisos en materia de suministros, y así al folio 750 se recoge el acuerdo adoptado por el consejo de administración en el sentido de que "Es imprescindible el cumplimiento de los compromisos adquiridos en los contratos de venta y por tanto en los suministros comprometidos por cada Socio y si no se pudiera cumplimentar por alguna razón puntual, informar previamente del hecho a la Dirección General, con el fin de poder tomar las medidas alternativas correctoras, que fueran necesarias". -A los folios 696 y siguientes obra copia del "Procedimiento de adjudicación de producciones directas de UDER", que documenta el acuerdo de reparto entre los socios de UDER de los servicios de recuperación de papel y cartón basado en adjudicar el contrato correspondiente al socio cuyo almacén se encuentre en un radio inferior a 30 kms del generador del residuo, y los criterios de adjudicación en caso de concurrir varios en el mismo radio (ejemplo de ello se refleja en el folio 853, con un turno rotativo mensual: "La oferta que presentamos fue aprobada y se comenzó el servicio el 10 de Abril, decidiendo que sería rotativo mensual e informando que la rotación quedó de la forma siguiente: IRMASOL - DOLAF - S. SOLAS - DEFESA").

Y sigue diciendo:

"Incorpora además el expediente la documentación que acredita la unificación de tarifas, la prueba de que UDER elaboró un escandallo de costes (folios 700 y 701), o la modificación del sistema inicialmente establecido (folios 749 y 750, acta del consejo de administración de 4 de mayo de 2009).

También hay constatación documental del "Procedimiento de financiación de UDER" (folios 682 a 685), aprobado el 3 de octubre de 2008, financiación que se llevaría a cabo "... a través de aportaciones directas e igualitarias por parte de los Socios, de acuerdo con el presupuesto aprobado para el año concreto. La fórmula administrativa para realizar estas aportaciones, será por facturación por trimestres adelantados de UDER a cada Socio y en concepto de gastos de gestión".

De ahí que la sentencia concluya que están acreditados los acuerdos de reparto de mercado y clientes, fijación de precios e intercambio de información sancionados y contrarios a los artículos 1 LDC y 101 TFUE y que no ha sido acreditada en modo alguno la pretendida eficacia pro-competitiva de UDER destacando:

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

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

Por otra parte, los contratos suscritos por UDER no son solo de ámbito nacional, sino que se ha acreditado en el expediente que ha concluido también contratos locales.

Y, además, la Comisión destaca que la creación de UDER ha supuesto un incremento en los precios pagados por fabricantes de papel y cartón que suscribieron contratos con dicha entidad, como lo acredita-ría la nota económica obrante al folio 5258".

Citando después en su FD 8º la STS de 26 de junio de 2017 (recurso 2468/2015) sobre los apartados 3 de los artículos 1 LDC y 101 TFUE , sobre carga de la prueba que grava a quien invoca la excepción (también artículo 50.2 LDC).

Pues bien, en este caso, se ha probado concluyentemente justo lo contrario a lo que pretende la recurrente por lo que no es posible admitir la aplicación de la excepción contemplada en los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE tal y como concluye con acierto la sentencia, "[...] Ha de insistirse en que la prueba incorporada al expediente administrativo permite considerar acreditadas determinadas restricciones accesorias impuestas a los integrantes del grupo que no resultaban de ningún modo imprescindibles para su funcionamiento como mera central de compras, representativa de un acuerdo de cooperación horizontal de sus asociados" , debiendo resaltarse incluso la precisión de la sentencia al analizar las razones por las que se sanciona a UDER, como resulta de su FJ 9º:

"[...] su papel es determinante, pues a continuación, se añade 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".

En conclusión, ha quedado acreditado que no concurren los requisitos enunciados en el artículo 1.3 LDC o 101.3 TFUE para que la recurrente pueda acogerse a la excepción prevista en dichos preceptos legales.

El acuerdo de cooperación horizontal encubre una clara cartelización en la actuación de las empresas tanto cuando constituyen "el Club" como cuando constituyen UDER porque: a) los socios de UDER se reparten el mercado, los clientes y fijan las condiciones en que se presta el servicio; b) intercambian toda la información sensible; c) sancionan a los miembros que incumplen los procedimientos, acuerdos y condiciones, dificultando la posibilidad de separarse de la sociedad. Tampoco hay innovación. No hay mejoras técnicas. No se produce impacto en la calidad de los productos. No hay beneficio para los consumidores. De hecho, UDER es una sociedad artificiosa sin voluntad corporativa. Un mero instrumento al servicio de la cartelización de los mercados indicados produciéndose el resultado de restringir la competencia sin ventaja alguna, es decir, las restricciones no compensan porque la finalidad de la creación de UDER no es la que se alega en el recurso. UDER es un instrumento anticompetitivo al

servicio de la cartelización de los mercados definidos. No es de extrañar que los precios se incrementen y que disminuya el número de fabricantes con los que se celebran contratos. UDER no tiene autonomía para decidir y es un canal de los socios que deciden al margen de la misma. La transparencia entre UDER y sus socios es total. Se trata de un artificio interpuesto utilizado para transmisión de lo que han acordado los socios, competidores o potenciales competidores entre sí, incluso con un sistema de sanciones en el seno del Club o limitando la separación en el de UDER. Dicha sociedad se constituyó 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 se pudieran vender mayor volumen a mayor precio que en condiciones individualizadas. Para ello no se realizaron inversiones significativas, sino que se obtienen ganancias a través de la coordinación entre los socios, lo que les permitió adquirir el material a los generadores a menores precios y concertar las ventas en pocos fabricantes a los que se vende a mayores precios. Para articular dicha coordinación se aprobaron Protocolos de adjudicación de producciones, de comercialización y el escandallo de costes. Los mecanismos de castigo y solución de diferencias se resolvían dentro del llamado "Club" que existía antes de UDER y siguió funcionando después. Tampoco se puede admitir que las restricciones a la competencia fueran transitorias. Si lo hubieran sido habrían expirado y UDER debería haber cancelado todas las estipulaciones inhibitorias de la competencia, hecho éste que no se produjo (v. folio 66 Resolución CNMC).

Por todo ello, entiendo que la sentencia recurrida resolvió la cuestión planteada con pleno acierto al rechazar la aplicación del artículo 1.3 LDC y 101.3 TFUE ya que:

1º. No es cierto que UDER sea un nuevo agente que compite contra SAICA y otros operadores derivándose beneficios de dicha competencia. Por el contrario, existen alternativas para competir con SAICA que aportan similares beneficios a los que resultan de la creación de UDER y que no incurren en restricciones de la competencia tan graves (v. página 54 Resolución CNMC).

2º. No es cierto que el mercado geográfico de UDER sea nacional. La prueba ha demostrado que muchos de sus contratos son locales o adjudicaciones de parte de contratos nacionales. En muchos casos UDER no abarca toda la geografía nacional sino puramente local (v. página 54 ya citada).

3º. No es cierto que los consumidores perciban una cuota justa de los beneficios aportados por la creación de UDER que, contrariamente a dicho argumento, ha supuesto un aumento de los precios pagados por los fabricantes de papel y cartón que contrataron con UDER (v. Resolución en su conclusión de las páginas 55 y 56).

4º. No se ha generado un incremento de competencia favorable, máxime cuando los socios de UDER actúan de forma concertada y coordinada con la gerencia de dicha sociedad. Tampoco se aportan mejoras o avances tecnológicos relevantes que impacten en el mercado de actuación.

5º. Se instrumenta la creación de una sociedad (UDER) para cartelizar los mercados de actuación, con reparto de los mismos, intercambio de información sensible, tarificación de precios y sin beneficio alguno para los consumidores o ventajas económicas que justifiquen las claras restricciones de la competencia.

En conclusión, el Abogado del Estado considera que la jurisprudencia que debe fijarse sobre la primera cuestión de interés casacional, es que, la jurisprudencia del "hallazgo casual" está perfectamente definida y no es necesario modificar o reformar dicha doctrina.

Sobre la segunda cuestión de interés casacional objetivo, se considera que la jurisprudencia que debe fijarse debe ser que la creación de una empresa como consecuencia de un acuerdo de cooperación horizontal entre empresas que desarrollan su actividad en mercados regionales y quieren acceder al mercado nacional para competir con un operador significativo, aun suponiendo restricciones para la competencia, puede resultar ventajosa desde el punto de vista económico y acogerse a la excepción del artículo 1.3 LDC (y 101.3 TFUE) siempre que concurra y así se demuestre, cumulativamente, los requisitos exigidos por dichos preceptos legales interpretados de acuerdo con las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal, circunstancias que no concurren cuando la empresa creada carece de poder de decisión, inversiones significativas, no desarrolla la actividad para la que ha sido diseñada sino que fragmenta el mercado reduciendo el número de vendedores e incrementando los precios y sin producir beneficio alguno para los consumidores, cartelizando en realidad el mercado de recogida y reciclado de cartón y papel.

Fijada dicha jurisprudencia, en punto a dictar sentencia tal como establece el artículo 93 LJCA, procede, con desestimación del recurso de casación interpuesto, confirmar la sentencia recurrida por ser la misma ajustada a Derecho.

Quinto.



Se declararon concluidas y quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose finalmente al efecto el día 12 de febrero de 2019, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

El presente recurso de casación impugna la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, de 15 de diciembre de 2017 (rec. 15/2015) por la que se estimó en parte el recurso contencioso interpuesto por Uder contra la resolución de 6 de noviembre de 2014 de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) (expediente sancionador S/0430/12 Recogida de papel) que le impuso una sanción de multa de 150.000 €.

Segundo.

La presente controversia se centra, tal y como se afirmó en el Auto de admisión, en torno dos cuestiones que presentan interés casacional:

1º) reafirmar o, en su caso, precisar, matizar o corregir la jurisprudencia relativa a la doctrina del hallazgo casual, en relación con el contenido y la fundamentación de las órdenes de la CNMC en ejercicio de su actuación inspectora en expedientes sancionadores, y

2º) la interpretación de los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE , a fin de aclarar en qué condiciones resulta aplicable la excepción contenida en los citados preceptos en relación con acuerdos de cooperación horizontal que implican la creación de una nueva sociedad que se presenta como una alternativa al operador dominante y como la única forma de acceder a un nuevo segmento del mercado.

Si bien el examen de la segunda está condicionado por la solución alcanzada en la primera, cuyo examen, por tanto, debe ser prioritario.

A tal efecto, es preciso señalar que la problemática que plantea el hallazgo casual en una inspección y la aplicación de dicha doctrina al supuesto que nos ocupa ya ha sido abordado por la STS de 25 de febrero de 2019 (rec. 6461/2017) cuyos razonamientos son trasladables al supuesto que nos ocupa.

Tercero.

Jurisprudencia de esta Sala en relación con el "hallazgo casual".

La jurisprudencia de esta Sala en relación con el "hallazgo casual" viene condensada en nuestra sentencia nº 790/2016, de 6 de abril de 2016 (casación 113/2013). Interesa reproducir aquí las consideraciones que expusimos en el F.J. 4º de la citada sentencia de 6 de abril de 2016 , cuyo contenido, en lo que ahora interesa, es el siguiente "(...) CUARTO.- Sobre el alcance de los hallazgos casuales en el ámbito sancionador administrativo.

Hemos de avanzar que, en lo sustancial, tiene razón el Abogado del Estado en cuanto al alcance del derecho a la inviolabilidad domiciliar respecto de una entrada y registro en la sede de una empresa y de la utilización del material obtenido. En el ámbito del derecho de la competencia, el órgano regulador (la Comisión Nacional de la Competencia en el caso de autos, en la actualidad la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) tiene la facultad, dentro de sus competencias inspectoras y con el correspondiente mandamiento judicial, de proceder a la entrada y registro de las sedes de las empresas investigadas, al objeto de recabar la documentación o material que puedan constituir prueba de actividades ilícitas. El alcance de la entrada y registro viene determinado por la autorización judicial, que por lo general se remite al objeto de la investigación propuesto por la Administración, aunque sin duda puede, de entenderlo pertinente, limitar o modificar dicho objeto.

El supuesto litigioso se plantea por la posibilidad -que efectivamente se dio en el caso de autos- de que en la práctica del registro se obtengan documentos o material que resulten ajenos al objeto de la investigación que determinó la autorización judicial, pero que sean reveladores de otras posibles actividades ilícitas. Pues bien, con algunas matizaciones, la doctrina sentada por la jurisprudencia penal que invoca el Abogado del Estado es de aplicación también al ámbito administrativo sancionador. En este sentido, lo que determina la regularidad del registro y la posibilidad de utilización del material incautado viene determinado, en primer lugar, por la conformidad a derecho

de la entrada en el domicilio y, en segundo lugar, por el objeto y finalidad de la investigación y el correcto desarrollo de la actuación de registro. Así pues, si una entrada y registro están debidamente autorizados por el correspondiente mandamiento judicial y si el registro y la incautación de documentación se producen de forma adecuada y proporcionada al objeto de la entrada y de la investigación, el material obtenido casualmente y ajeno al objeto de la investigación puede ser legítimamente empleado para una actuación sancionadora respecto de una actividad ilegal distinta a la que determinó la autorización judicial de entrada y registro, en el supuesto de que dicho material sea indiciario de una tal actuación ilegal y siempre que el procedimiento seguido con el mismo tras su hallazgo sea a su vez procedimentalmente adecuado.

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

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

Sentados los anteriores criterios interpretativos, el supuesto de autos no ofrece dudas de que la Administración actuó de manera adecuada en el registro producido en la sede de [...], así como que la utilización del correo electrónico del que trae causa el litigio fue conforme a derecho. Es claro que el objeto de la investigación se circunscribía a las posibles actuaciones colusorias verticales entre [...] y sus distribuidores y que, por tanto, el material de todo tipo que los inspectores debían reclamar y buscar para requisar se limitaba a dichas relaciones verticales y no, por tanto, a las relaciones con los competidores de la mercantil investigada. De acuerdo con las actas de inspección, los inspectores se circunscribieron a dicho objetivo y debido a dificultades técnicas de carácter informático y a la imposibilidad de filtrar en el acto una documentación muy amplia, se recabó gran parte de la misma para su posterior análisis. No consta que la empresa considerase abusiva dicha actuación como lo prueba el párrafo del anexo del acta de la inspección [...].

Lo anterior prueba más bien una colaboración del personal de la empresa investigada al objeto de depurar la documentación requisada de cualquier material que no resultase pertinente para la investigación.

Desarrollado por tanto el registro de forma conforme a derecho, por cuanto contaba con la preceptiva autorización judicial idónea y su práctica fue idónea y proporcionada a su objetivo, el hecho es que un inspector de la Dirección de Investigación comprobó, al examinar el material incautado, la existencia de un mensaje a otra sociedad competidora [...] que incluía un listado de precios, con base en el cual se inició una investigación reservada por presunta colusión horizontal entre empresas competidoras que dio lugar a otro expediente (S/0280/10). El presente litigio tiene su origen precisamente en la impugnación de que dicho mensaje fuese incorporado a las actuaciones del referido expediente. Pues bien, habida cuenta de que el hallazgo casual del citado documento se produjo en el marco de un registro practicado de forma regular y conforme a derecho, nada hay que objetar a que la Comisión Nacional de la Competencia procediese a iniciar dicha investigación y abriese un expediente sancionador distinto encaminado a depurar otras conductas ilegales, así como que dicho documento fuese incorporado a tales actuaciones.

Digamos como conclusión, que la habilitación para la entrada y registro y la práctica del mismo en forma idónea y proporcionada, permite que un hallazgo casual pueda ser utilizado de forma legítima para una actuación sancionadora distinta, la cual habrá de ajustarse a las exigencias y requisitos comunes de toda actuación sancionadora y en la que la empresa afectada podrá ejercer su derecho de defensa en relación con las nuevas actividades investigadas. No ha habido, por consiguiente, lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio, como entendió la Sala de instancia, y se ha infringido el artículo 18.2 de la Constitución por aplicación indebida del mismo".

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

Cuarto.

- Sobre si la jurisprudencia relativa al hallazgo casual resulta aplicable al caso que aquí se examina.

Una vez reseñada la jurisprudencia de esta Sala sobre el hallazgo casual en el curso de una inspección realizada en virtud de una orden de investigación dictada con una finalidad distinta, queda por dilucidar si esa doctrina ha sido correctamente aplicada por la Sala de instancia al caso que nos ocupa, teniendo en cuenta los argumentos que la recurrente aducía en el proceso -y también ahora en casación- sobre la disconformidad a derecho de la Orden de Investigación que sirvió de base para la realización del registro.

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

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

"(...) en la Orden de Investigación constan todas las indicaciones formales exigidas que permiten conocer lo que la CNMC buscaba y su fundamento.

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

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

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

Se describe la naturaleza de las conductas presuntamente infractoras y sus características como prácticas anticompetitivas, consistentes en acuerdos para la fijación de precios y condiciones comerciales. Son descripciones claras y suficientes en este estado inicial de la investigación, en el que la razón de ser de la orden de entrada es justamente recabar pruebas al respecto. Ciertamente no puede predicarse la misma concreción de la petición de investigación vinculada a "tratamientos de residuos de otro tipo", extremo que por su vaguedad no puede aceptarse, por lo que la validación de la actuación inspectora se reduce a las otras conductas, claramente referidas, que integran tipos sancionadores sobre cuya concreción nadie ha planteado cuestión alguna.



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

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

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

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

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

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

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

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

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

Quinto.

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

Dicha sentencia establece, en síntesis, que, partiendo del supuesto de una entrada y registro ajustada a derecho y realizada en términos proporcionales y adecuados, los datos o documentos que revelen o sean indiciarios de actuaciones ilícitas distintas a las que determinaron la investigación pueden ser legítimamente empleados por la Administración en una ulterior actuación sancionadora. Señala esa sentencia, en definitiva, "[...]" que la habilitación para la entrada y registro y la práctica del mismo en forma idónea y proporcionada, permite que un hallazgo casual pueda ser utilizado de forma legítima para una actuación sancionadora distinta, la cual habrá de ajustarse a las exigencias y requisitos comunes de toda actuación sancionadora y en la que la empresa afectada podrá ejercer su derecho de defensa en relación con las nuevas actividades investigadas".

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

Sexto.

Sobre la resolución del presente recurso.

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

Por todo ello debemos declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por la sociedad "Unión de Empresas de Recuperación SL"; y una vez casada la sentencia, procede la estimación del recurso contencioso-administrativo y la anulación de la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 6 de noviembre de 2014 que impuso a dicha entidad una sanción de 150.000 € de multa.

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

Séptimo.

Sobre las costas procesales.

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

Vistos los preceptos citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación establecida en los fundamentos jurídicos tercero, cuarto y quinto:

1.- Ha lugar al recurso de casación interpuesto en representación de la entidad "Unión de Empresas de Recuperación SL"; contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 15 de diciembre de 2017 (rec. 15/2015), que ahora queda anulada y sin efecto.

2.- Estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto en representación de "Unión de Empresas de Recuperación SL" contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 6 de noviembre de 2014 de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la



Competencia (CNMC) (expediente sancionador S/0430/12 Recogida de papel) que le impuso una sanción de multa de 150.000 €, quedando anulada y sin efecto la referida resolución sancionadora.

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

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

Así se acuerda y firma.

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

D^a. Maria Isabel Perello Domenech D. Jose Maria del Riego Valledor D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

PUBLICACIÓN. Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D.Diego Cordoba Castroverde , estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.