



Roj: **STS 583/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:583**

Id Cendoj: **28079130032019100050**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **25/02/2019**

Nº de Recurso: **6461/2017**

Nº de Resolución: **233/2019**

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

Ponente: **EDUARDO CALVO ROJAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3756/2017,**
ATS 6196/2018,
AATS 13901/2018,
STS 583/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 233/2019

Fecha de sentencia: 25/02/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **6461/2017**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/02/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

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

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

Transcrito por: dvs

Nota:

R. CASACION núm.: **6461/2017**

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 233/2019

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. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

D. Fernando Roman Garcia

En Madrid, a 25 de febrero de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº **6461/2017** interpuesto por S. SOLÍS, S.A., representada por la Procuradora D^a Adela Cano Lantero, contra la sentencia de la Sección 6^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 28 de septiembre de 2017 dictada en el recurso contencioso-administrativo 11/2015 . Se ha personado como parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y asistida por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección 6^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 28 de septiembre de 2017 (recurso contencioso-administrativo 11/2015) en cuya parte dispositiva se acuerda:

<FALLAMOS

1.- Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora D^{ña}. Adela Cano Lantero, en nombre y representación de la mercantil S. SOLIS, S.A., contra la resolución de 6 de noviembre de 2014, del Consejo de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de 432.232 euros de multa.

2.- Anular la referida resolución en el solo particular relativo a la determinación de la cuantía de la multa, por no ser en este extremo ajustada a Derecho.

3.- 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.

Sin hacer expresa imposición de costas>>.

SEGUNDO.- Además de la recurrente, fueron también sancionadas en la misma resolución otras empresas integrantes de la entidad UDER (Unión de Empresas recogedoras de Residuos), creada el 17 de julio de 2007.

Según explica el fundamento jurídico primero de la sentencia, la resolución sancionadora <<(…) atribuye a la recurrente, junto al resto de socias de UDER, una infracción única y continuada prohibida por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que habría consistido 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"*>>.

Ese enunciado de la conducta infractora aparece reiterado luego en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia, donde la Sala de la Audiencia Nacional añade:

<< (...) De esta manera, [la resolución] supone que UDER se habría constituido 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 las que conseguirían de forma individual; y como una central comercializadora de estos materiales para que pudieran vender mayor volumen a mayor precio que en condiciones individualizadas.

Para lograr estos objetivos, dice la resolución en su fundamento de derecho séptimo, *"... no se realizan inversiones significativas, sino que obtienen las ganancias a través de la coordinación entre los socios, lo que les permite adquirir el material a los generadores a menores precios, y concentrar las ventas en pocos fabricantes a los que les venden a mayores precios. La coordinación se realizada a través de los protocolos de adjudicación*



de producciones, de comercialización y el escandallo de costes. Los mecanismos de castigo y solución de diferencias se desarrollan en el Club".

Y concluye que la responsabilidad derivada de tales conductas es exigible a título de dolo, y no de negligencia o de simple inobservancia>>.

TERCERO.- Los argumentos de impugnación que aducía la demandante en el proceso de instancia los sintetiza el fundamento quinto de la sentencia, cuyo contenido es el siguiente:

<< (...) QUINTO.- En la demanda presentada por la mercantil recurrente se solicita la nulidad de la resolución impugnada y ello en virtud de las siguientes consideraciones.

1. Vicios en la obtención de la documentación que originó el expediente S/430/12. En este sentido refiere que la información y documentación que dio origen al expediente sancionador S/430/12 se obtuvo por la CNMC en el marco de la inspección realizada los días 6 y 7 de junio de 2012 en la sede de ISMA 2000, S.L. en relación con el expediente S/0415/12, ABH-ISMA. La recurrente sostiene que la Orden de investigación de 29 de mayo de 2012 había autorizado la entrada en el domicilio de ISMA 2000, S.L. los días 6 y 7 de junio de 2012 en relación a posibles pactos colusorios en el mercado de recogida, transporte y tratamiento de residuos en centros sanitarios. Y por ello la recurrente destaca que la entrada en el domicilio social de ISMA se refería a la investigación relativa a los residuos sanitarios, aunque incluyeran papel y cartón, pero no afectaba a la investigación relativa a la recogida de papel y cartón generales que constituyen un mercado separado.

2. Que la citada Orden de investigación vulnera además los artículos 20.4 del Reglamento 1/2003, 18.2 CE, 13.3 del RD 261/2008 (RDC) y 40 de la LDC, por falta de motivación. Y ello porque la orden no concreta el objeto y finalidad de la búsqueda y se expresa en términos vagos y generales.

3. Infracción del principio de responsabilidad ya que la existencia de UDER y su funcionamiento es acorde con la Comunicación de la Comisión Europea sobre acuerdos de cooperación horizontal. Afirma que el funcionamiento de UDER no es anticompetitiva. Y ello por las siguientes razones distinguiendo entre el mercado de recuperación y el de comercialización de papel y cartón.

En relación con el mercado de recuperación de papel y cartón afirma la recurrente que no hay actividad anticompetitiva porque UDER permite a sus socios el acceso a ese mercado supra autonómico; no se producen efectos anticompetitivos porque los socios de UDER no tienen poder de mercado (tienen menos del 15%); el mercado es atomizado (los 4 primeros tienen el 3%); los generadores tienen un gran poder de negociación. Y por ello la recurrente entiende que son aplicables los artículos 101.3 TFUE y 1.3 LDC, que contemplan la exención de la conducta cuando pueda calificarse de procompetitiva como es el caso puesto que se cumplen los cuatro requisitos impuestos para ello, como son:

a/ Genera eficiencias: permite el acceso de pequeños recuperadores al mercado supraautonómico: (1) No es obstáculo que haya varios operadores en cada Comunidad Autónoma ya que lo relevante son las distancias entre las sedes de ambos y el tipo de papel que recogen y en este caso no se solapan; (2) Saica es el líder de mercado nacional frente al que se agrupan los pequeños recogedores en UDER. Al haber adquirido Saica la empresa Vilar-Mata, socio de UDER tuvo que expulsarla lo que evidencia la finalidad competitiva de UDER; (3) El derecho de veto contenido en un acuerdo parasocial evidencia la finalidad procompetitiva: se reserva a UDER las licitaciones nacionales pudiendo los socios vetar que UDER vaya a ese tipo de licitaciones. Lo que los socios pueden vetar es que UDER acuda a licitaciones no nacionales y no al revés; (4) El contrato de UDER con SGEL, aunque local, tenía por fin lograr un contrato nacional dada la posición de SGEL. Los socios colaboraban con UDER facilitando información, pero no preparaban el contrato. UDER realizaba contratos locales bajo demanda de sus clientes.

b/ Las restricciones no van más allá de lo necesario para realizar el fin pro-competitivo de UDER: (1) Inexistencia de coordinación o fijación de precios: UDER paga a los generadores los residuos que compra y los generadores pagan a UDER por el servicio de recogida y el alquiler de los materiales necesarios, siendo el saldo favorable al generador. Los precios no están establecidos en un escándalo de costes (Instrucción) ya que lo que la Instrucción determina es lo que UDER pagará a cada socio tenido en cuenta sus costes, pero no lo que paga a los generadores ya que éste lo fija UDER con total libertad. En todo caso se fijaría un precio de compra y ello no supone infracción por objeto según la Comunicación de la Comisión citada; (2) Inexistencia de reparto de mercado: La adjudicación de servicios en UDER se aplica solo a nivel nacional o supraautonómico y no local. La lógica económica de la actividad de recuperación exige que el prestador del servicio esté a menos de 30 Km del generador y ese es el criterio de UDER para adjudicar, llegando a ofrecer el servicio a un no socio en ausencia de éstos. Si hay varios socios dentro de los 30 Km el método de adjudicación es el sorteo y posterior rotación; (3) Inexistencia de pactos de no competencia: UDER no influye en los mercados locales, subraya que no tiene noticia de pactos de no agresión, y que la recurrente no compite con ningún socio de UDER; (4)



Inexistencia de intercambios de información: Los socios tenían acceso a determinada información pública y no tuvieron acceso a informaciones concretas sobre las ofertas a presentar a los generadores, sino sólo a la aceptación o rechazo por UDER. Destaca que la recurrente no opera por sí sola en el ámbito nacional y solo lo hace en una zona determinada lo que determina que no compitiera con otros socios y que el acceso de los socios a esa información era indispensable para la operativa de UDER que no contaba con medios propios.

Y respecto del mercado de comercialización de papel y cartón recuperado, la recurrente sostiene que UDER también se ajusta a las directrices horizontales de la Comisión:

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

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

4. Subsidiariamente: Invoca la vulneración de la garantía constitucional del principio non bis in ídem. En relación con esta afirmación, la recurrente sostiene que la CNMC ha separado la conducta sancionada en el expediente sancionador ahora revisado de la infracción única y continuada objeto de la resolución del expediente sancionador S/0429/12 de Residuos. Y ello le ha supuesto un doble reproche sancionador por la comisión de dos conductas complejas que constituyen una única infracción continuada merecedora de una sola sanción. Afirma que en el expediente Residuos se le ha sancionado por la comisión de una infracción única y continuada del artículo 1 de la LDC que afectaba a los sectores de recuperación de papel y cartón, de residuos industriales y de saneamiento urbano.

5. Finalmente, invoca la STS de 29/01/2015 y señala que la multa ha sido calculada con infracción de los artículos 63.1 c) y 64 de la LDC >>.

El fundamento sexto de la sentencia examina (y desestima) la pretendida caducidad del procedimiento, sin que sobre esta cuestión se haya suscitado debate en casación.

En el fundamento jurídico séptimo la Sala de la Audiencia Nacional examina el alegato de la demandante sobre la existencia de vicios en la obtención de la documentación que originó el expediente S/430/12. El contenido de este fundamento séptimo, en lo que ahora interesa, es el que sigue:

<< (...) SÉPTIMO. - Siguiendo con el análisis de las alegaciones de la recurrente se refiere que no es válida la documentación e información obtenida por la CNMC para iniciar el expediente sancionador que ha concluido con la imposición de multa a la ahora recurrente porque se obtuvo en una inspección domiciliaria realizada en virtud de lo acordado en una orden de entrada en otro expediente sancionador. Y añade que, además, la citada orden de investigación adoptada en fecha 29 de mayo de 2012, que se dictó para proceder a la entrada y registro que dio lugar al expediente S/0415/12 ABH-ISMA, no reunía los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos para producir efectos legales válidos de acuerdo con lo establecido en la STS de 10 de diciembre de 2014, asunto Unesa, recurso de casación nº 4201/2011.

Por lo que respecta a las irregularidades de la Orden de 29 de mayo de 2012 invoca la falta de motivación de la orden de investigación por cuanto no habría concretado el objeto y finalidad de la búsqueda y se expresa en términos vagos y generales.

Esta Sección advierte que la CNMC está obligada a indicar las hipótesis y presunciones que pretende comprobar. Y para entender cumplida esta obligación, la orden deberá cumplir unos requisitos de doble naturaleza:

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



cartón en el marco de los residuos sanitarios que propone la resolución impugnada, en este caso resulta de aplicación la doctrina del hallazgo casual.

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

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

Por lo expuesto, entendemos que la CNMC cumplió con la obligación de motivación exigida y debe desestimarse este motivo de recurso. Criterio este que, por otra parte, es el que se ha recogido en la sentencia ya dictada por esta misma Sección en fecha 18 de septiembre de 2017 en el recurso nº 540/2014 .

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: ...

[*transcribe aquí la sentencia recurrida un amplio fragmento de la sentencia que cita de 6 de abril de 2016*]

[...]

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

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

Las alegaciones de la demandante sobre la aplicación al caso de los artículos 101.3 TFUE y 1.3 LDC , que contemplan la exención de la conducta cuando pueda calificarse de "procompetitiva" son abordadas en el fundamento jurídico octavo de la sentencia. Y, en estrecha relación con ello, el fundamento noveno de la sentencia aborda la cuestión planteada por la demandante sobre la aplicación al caso de las "directivas horizontales". Pero, por la razón que luego se verá, no resulta necesario que reseñemos aquí esos fundamentos jurídicos octavo y noveno de la sentencia recurrida.

En sus dos apartados siguientes la sentencia recurrida examina los alegatos de la demandante sobre la existencia de elementos objetivos que excluyen la existencia de prácticas anticompetitivas de S. Solís, S.A. (fundamento décimo de la sentencia) y sobre vulneración del principio *non bis in ídem* (fundamento undécimo), alegaciones ambas que son desestimadas sin que sobre tales cuestiones se haya suscitado debate en casación.

Por último, en el fundamento duodécimo la Sala de la Audiencia Nacional aborda el argumento de impugnación relativo a la incorrecta cuantificación de la sanción, motivo éste que es acogido, lo que determina la estimación en parte del recurso contencioso-administrativo, en los términos que establece la parte dispositiva que hemos dejado reproducida en el antecedente primero.

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, preparó recurso de casación contra ella la representación de S. Solís, S.A., siendo admitido a trámite el recurso por auto de la Sección Primera de esta Sala de 11 de junio



de 2018 en el que asimismo se acuerda la remisión de las actuaciones a la Sección Tercera, con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos.

En la parte dispositiva del auto de admisión se acuerda, en lo que ahora interesa, lo siguiente:

<< (...) 2º) *Declarar que las cuestiones planteadas en el recurso, que presentan interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, consisten en: 1º) reafirmar, o en su caso, precisar, matizar o corregir la jurisprudencia de la Sala sobre la doctrina del hallazgo casual, en relación con el contenido y fundamento de las órdenes de investigación de la CNMC en ejercicio de su actuación inspectora en expedientes sancionadores, y 2º) la interpretación de los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE, a fin de aclarar en qué condiciones resulta aplicable la 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 >>*

QUINTO.- La representación de S. Solís, S.A. formalizó la interposición de su recurso de casación mediante escrito presentado el 26 de julio de 2018 en el que solicita que se dicte sentencia con los siguientes pronunciamientos:

1/ Que declare haber lugar, y, por tanto, estime, el recurso de casación interpuesto por esta parte frente a la Sentencia Recurrída; a saber, la Sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 28 de septiembre de 2017 (P.O. 11/2015).

2/ Que acuerde casar y anular la Sentencia Recurrída.

3/ Que, de acuerdo con el artículo 93 de la LJCA, resuelva nuestro recurso contencioso-administrativo, estimándolo, y, en consecuencia, declare la invalidez de la Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de 6 de noviembre de 2014, dictada en el expediente S/0430/12 Recogida de papel.

4/ Imponga las costas a la parte recurrída.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera, se tuvo por interpuesto el recurso y se acordó dar traslado a la parte recurrída para que pudiese formular su oposición.

SÉPTIMO.- La representación procesal de la Administración del Estado formalizó su oposición mediante escrito presentado el 8 de octubre de 2018 en el que, tras formular sus alegaciones en contra de lo aducido por la recurrente, termina solicitando la desestimación del recurso de casación.

OCTAVO.- Mediante providencia de 31 de octubre de 2018 se acordó no haber lugar a la celebración de vista y quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo; fijándose finalmente al efecto el día 12 de febrero de 2018, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación nº **6461/2017** lo interpone la representación de S. SOLÍS, S.A. contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 28 de septiembre de 2017 (recurso 11/2015), en la que, según hemos visto en el antecedente primero, se estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por S. SOLIS, S.A., contra la resolución de 6 de noviembre de 2014, del Consejo de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia por la que se impuso a la entidad recurrente una sanción de 432.232 euros de multa, anulando la sentencia la referida resolución en el solo particular relativo a la determinación de la cuantía de la multa y acordando remitir las actuaciones a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a fin de que dicte nueva resolución en la que fije su importe en atención a los criterios legales de graduación debidamente motivados, con aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, interpretados en los términos expuestos en la fundamentación jurídica de la propia sentencia.

SEGUNDO.- Como hemos dejado señalado en el antecedente segundo, la resolución administrativa impugnada en el proceso de instancia atribuye a la recurrente, junto al resto de socias de la Unión de Empresas recogedoras de Residuos (UDER), una infracción única y continuada prohibida por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea consistente en "la actuación de forma concertada en los mercados de recuperación y comercialización de papel y cartón recuperado en España, de cara a repartir de forma explícita e implícita actividades y clientes, concertar precios y compartir recursos e información comercial sensible".

En el antecedente tercero hemos dejado señalados los argumentos de impugnación que aducía la demandante en el proceso de instancia; y también han quedado allí reseñadas las razones que ofrece la sentencia recurrída



para desestimar los diferentes argumentos de impugnación aducidos por la demandante salvo el relativo a la cuantificación de la multa, siendo el acogimiento de este último el que determina la estimación en parte del recurso contencioso-administrativo.

En fin, en el antecedente cuarto hemos visto que el auto de la Sección Primera de esta Sala de auto de la Sección Primera de esta Sala de 11 de junio de 2018 declara que las cuestiones planteadas en el recurso que presentan interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consisten en:

Por un lado, 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.

Por otra parte, la interpretación de los artículos 1.3 LDC y 101.3 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.

Abordemos entonces la primera de esas cuestiones.

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). Y aunque ya la sentencia recurrida ofrece una amplia cita de dicha sentencia, 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 requisas. 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 según hemos visto, el fundamento jurídico séptimo de la sentencia recurrida da respuesta a esas alegaciones señalando, en lo que ahora interesa, lo siguiente:

<< (...) SÉPTIMO.- [...]

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

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

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

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

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

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

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

Aunque la sentencia recurrida no la cita, la jurisprudencia de esta Sala -de la que son exponente, entre otras, nuestras sentencias de 10 de diciembre de 2014 (casación 4201/2011), 27 de febrero de 2015 (casación 1292/2012) y la sentencia 1658/2017 de 31 de octubre de 2017 (casación 1062/2017)- respalda ciertamente esa apreciación de que la Orden de Investigación no resultaba aceptable en cuanto al inciso referido a



"tratamientos de residuos de otro tipo", pues esa genérica mención no cumple los requisitos de concreción y especificidad exigibles a las órdenes de investigación; sobre todo teniendo cuenta que los de recogida y tratamiento de residuos sanitarios son ámbitos de mercado distintos a los de recogida y tratamiento de otras clases de residuos.

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

Sin embargo, la Sala de instancia elude o sorteja la objeción que ella misma ha dejado formulada, y lo hace afirmando que la circunstancia señalada carece en realidad de relevancia invalidante por aplicación 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 S. Solís, S.A.; 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 432.232 euros 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 nº **6461/2017** interpuesto en representación de la entidad S. SOLÍS, S.A contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional de 28 de septiembre de 2017 (recurso contencioso-administrativo 11/2015), que ahora queda anulada y sin efecto.
- 2.- Estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto en representación de S. SOLÍS, S.A. contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 6 de noviembre de 2014 por la que se impuso a la entidad recurrente una sanción de 432.232 euros de multa, quedando anulada y sin efecto la referida resolución sancionadora.
- 3.- No hacemos imposición de costas en el proceso de instancia, debiendo correr cada parte con las suyas en el recurso de casación.

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

Así se acuerda y firma.

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

José María del Riego Valledor Maria Isabel Perello Domenech

Diego Cordoba Castroverde Angel Ramon Arozamena Laso

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, lo que certifico