



Roj: **STS 1996/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1996**

Id Cendoj: **28079130032019100172**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **10/06/2019**

Nº de Recurso: **1261/2018**

Nº de Resolución: **799/2019**

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

Ponente: **JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **ATS 7494/2018,**  
**SAN 5623/2017,**  
**STS 1996/2019,**  
**ATS 10116/2019**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Tercera**

**Sentencia núm. 799/2019**

Fecha de sentencia: 10/06/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 1261/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 28/05/2019

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

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

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

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 1261/2018

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

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Tercera**

**Sentencia núm. 799/2019**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, presidente



D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D<sup>a</sup>. Maria Isabel Perello Domenech

D. Jose Maria del Riego Valledor

D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

En Madrid, a 10 de junio de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación número 1261/2018, interpuesto por Algodonera del Sur S.A., representada por el Procurador de los Tribunales don Gabriel de Diego Quevedo, con la asistencia letrada de don Rafael José Illescas Rojas, contra la sentencia de 20 de octubre de 2017, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso 83/2014, sobre infracción de las Leyes 16/1989, de 17 de julio y 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en el que han intervenido como partes recurridas la Administración del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado y Algodonera Blanca Paloma SA, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Olga Rodríguez Herranz, con la asistencia letrada de don Francisco Arroyo Romero.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La Sección Sexta de la Sala de lo contencioso administrativo de la Audiencia Nacional, dictó sentencia el 20 de octubre de 2017, con los siguientes pronunciamientos en su parte dispositiva:

"Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Gabriel María de Diego Quevedo en nombre y representación de **ALGODONERA DEL SUR, S.A.**, contra la resolución de 19 de diciembre de 2013, de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de 156.503,52 euros de multa, al ser **dicha** resolución ajustada a Derecho.

Con expresa imposición de costas a la parte actora."

**SEGUNDO.-** Notificada la sentencia, se presentó escrito por la representación procesal de Algodonera del Sur S.A., ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, manifestando su intención de interponer recurso de casación, y la Sala, por auto de 5 de febrero de 2018, tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

**TERCERO.-** Recibidas las actuaciones en este Tribunal, la Sección de Admisión acordó por auto de 2 de julio de 2018:

"1º) Admitir a trámite el recurso de casación preparado por el procurador D. Gabriel María de Diego Quevedo, en representación de la entidad mercantil Algodonera del Sur, S.A., contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso- Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional, en fecha 20 de octubre de 2017, en el procedimiento ordinario registrado con el número 83/2014.

2.º) *Declarar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo consiste en determinar si la intervención gubernativa por medio de la aprobación de un determinado Real Decreto, como es el caso, excluye la posible apreciación de conductas colusorias prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, por parte de los interesados que puedan haber promovido la citada norma reglamentaria, así como la incidencia que pueda tener un pronunciamiento del Tribunal Supremo que, en un recurso promovido por la empresa perjudicada, declara la legalidad de la disposición reglamentaria promovida por las empresas sancionadas.*

3.º) *Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación, el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y el artículo 130 de la Ley 30/1992 -actual artículo 28 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público -.*

4º) *Se ordena publicar este Auto en la página web del Tribunal Supremo, haciendo referencia al mismo.*

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

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



**CUARTO.-** La representación procesal de Algodonera del Sur S.A. presentó, con fecha 24 de septiembre de 2018, escrito de interposición del recurso de casación, en el que expuso los motivos en que se fundamentaba, que eran los siguientes:

1) Infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, en relación con el artículo 130 de la Ley 30/1992 y actual artículo 28 de la Ley 40/2015, pues la conducta imputada a la **recurrente**, consistente en cierre de mercado y boicot a la mercantil Algodonera La Blanca Paloma, tiene su origen y razón de ser en la disposición adicional única del RD 169/2010, que a fin de preservar el equilibrio entre las fases de producción y transformación del algodón, alcanzado con el proceso de reestructuración del sector y establecer las condiciones que posibilitaran la viabilidad de las industrias, vino a limitar la participación en el régimen de ayudas al algodón a las plantas de desmotado afectadas por la reestructuración, que hubiesen desmotado al menos una de las cuatro campañas comprendidas entre 2006/07 y 2009/10.

Esta imposición de una limitación a las ayudas por un Real Decreto conlleva, entre otras consideraciones, la ruptura del nexo causal entre la conducta realizada por la **recurrente** y la infracción imputada, o, en su caso, una exclusión en la apreciación de las conductas colusorias imputadas.

También considera la parte **recurrente** que debe apreciarse, de conformidad con las sentencias de la Audiencia Nacional que cita, que las actuaciones de la Administración Pública que amparan la conducta determinan la falta de culpabilidad.

Por último sobre esta cuestión, aduce la parte **recurrente** que la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, de fecha 27 de septiembre de 2012, concluyó que la disposición adicional única del RD 169/2010 no era discriminatoria, ya que se justificaba en datos y criterios objetivos.

2) Vulneración de los artículos 36, 37.1.a) y 38.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en relación con los artículos 12.1.a), 12.2, 12.3 y 28.4 del Real Decreto 261/2008, en conexión con el artículo 44.2 de la Ley 30/1992, por caducidad del procedimiento, pues en la fecha de la notificación a la **recurrente** de la resolución que puso fin al expediente se había excedido sobradamente el plazo de 18 meses establecido legalmente para resolver el procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas.

3) Infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, en consonancia con el artículo 101.1 del TFUE e interpretación coherente con las Directrices sobre su aplicación a los acuerdos de cooperación horizontal (2011/C11/01), pues ni la sentencia impugnada, ni tampoco la resolución de la CNMC, han efectuado un mínimo análisis del contexto jurídico y económico del mercado en el que se llevaron a cabo las prácticas colusorias y los concretos efectos perjudiciales y reales sobre la competencia de las citadas prácticas colusorias, ni toman en consideración que las cuotas de mercado de las entidades intervinientes, durante los años en los que se imputan las prácticas colusorias, no han sido lineales ni constantes, ni en relación con el acuerdo de reparto de mercado se ha constatado por la Audiencia Nacional si ha existido algún acuerdo previo de exclusividad para operar en un área geográfica determinada, pactos de no agresión y pactos de reparto de clientes o de cuotas de ventas, entre otros.

Finalizó la parte su escrito de interposición solicitando a la Sala que dicte sentencia, mediante la cual case y anule la sentencia recurrida, declarando la disconformidad a derecho de la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, dictada con fecha 19 de diciembre de 2013, poniendo fin al expediente sancionador S/0378/11, anulándola en todos sus términos, con todas las consecuencias legales inherentes a dicho pronunciamiento y revocación de las sanciones impuestas.

**QUINTO.-** Se dio traslado a la parte recurrida para que manifestara su oposición, lo que verificó el Abogado del Estado, por escrito 8 de enero de 2019, en el que solicitó a la Sala que dicte sentencia en los términos que resultan de las consideraciones efectuadas en su escrito.

Por diligencia de ordenación de 30 de enero de 2019, se declaró caducado el trámite de oposición concedido a la parte recurrida Algodonera Blanca Paloma S.A.

**SEXTO-** Concluidas las actuaciones, se señaló para vista el día 28 de mayo de 2019, fecha en que tal diligencia ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.-La sentencia impugnada en este recurso de casación.

Se interpone recurso de casación por la representación legal de Algodonera del Sur S.A., contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de 20 de octubre de 2017 (autos 83/2014), que desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por **dicha recurrente** contra la resolución de

la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), de fecha 19 de diciembre de 2013 (expediente S/0378/11, desmotadoras de algodón), que le declaró responsable, junto con otras asociaciones y empresas del sector del desmotado de algodón, de una infracción única y continuada de los artículos 1 de las Leyes 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en la fijación de precios, reparto de mercado y cierre de mercado a otras empresas, que calificó como infracción muy grave del artículo 62.4.a) de la LDC, con imposición de una multa por importe de 156.503,52 euros.

La sentencia impugnada recoge y acepta los siguientes hechos que considera determinantes del acuerdo sancionador (FD 2º):

"ALGOSUR es una empresa andaluza con objetivos agro-industriales diversos, entre los cuales destaca todo lo relativo al mundo del algodón: Investigación y desarrollo, suministro de semillas de siembra, producción integrada, desmotado y comercialización de fibra de algodón de alta calidad. (44) ALGOSUR fue constituida por un grupo de profesionales del sector con el objetivo de procesar algodón bruto y convertirlo en fibra comercial de alta calidad. A nivel mundial forma parte de diferentes grupos empresariales a través de acuerdos que comercializan la fibra en los cinco continentes y cuya visión es la utilización de fibra procedente de cultivos totalmente respetuosos con el medio ambiente. (45) La empresa tiene sus instalaciones de desmotado en el Municipio de Lebrija (Sevilla), Carretera Lebrija-Trebujena, Km. 5,5. ALGOSUR pertenece a la asociación sectorial AEDA".

Por lo que se refiere al sector afectado, la resolución recurrida lo identifica con el del algodón y, más concretamente, el algodón bruto, que es la materia prima para la industria desmotadora en particular.

El mercado de producto sería entonces el de aprovisionamiento de dicho algodón bruto y el desmotado de ese algodón.

Por otra parte, la resolución impugnada sitúa el mercado geográfico en un 99,5% en Andalucía al encontrarse en dicha Comunidad ese porcentaje de la tierra cultivada, y el resto en Murcia, por lo que el mercado geográfico sería el mercado nacional, al verse afectada más de una Comunidad Autónoma.

Sobre la delimitación del mercado la resolución de 19 de diciembre de 2013 introduce la siguiente consideración de evidente interés a tal objeto:

"El mercado investigado es el primer eslabón de una cadena (materia prima: algodón fibra de algodón tejidos de algodón de recursos prendas textiles) que en sí misma no se enfrenta a impedimentos naturales y/o legales para operar en condiciones de competencia en toda su extensión. Por ello, una conducta como la investigada, en el primer eslabón genera una asignación sub-óptima de recursos, ya sea porque distorsiona el precio competitivo del insumo inicial, bien porque da lugar a un margen de beneficio superior al natural competitivo. Así pues, de producirse, la conducta investigada en este expediente sancionador a fortiori altera el normal desarrollo competitivo de la toda la actividad productiva construida alrededor de ese insumo inicial, con incidencia aguas abajo y afectatorio a todo el territorio nacional".

La misma resolución incluye diversas consideraciones en torno a las ayudas asignadas a este mercado por su incidencia en las conductas investigadas y finalmente sancionadas, conductas que la CNMC califica en principio como una infracción única y continuada, acreditada por "... la existencia de reuniones y contactos sucesivos y reiterados, así como suficiente documentación probatoria que conforman un todo armónico e indelible, llevados a cabo por las empresas desmotadoras de algodón y las asociaciones sectoriales, durante el periodo de tiempo comprendido entre las campañas 2004/2005 hasta la campaña 2012/2013 con el fin de consensuar y adoptar una estrategia común, mediante acuerdos de voluntades, con el fin último de controlar el mercado de aprovisionamiento de algodón bruto y de desmotado de algodón"; y que en el caso de ALGOSUR, entidad aquí **recurrente**, concreta en la siguientes:

"a) Acuerdo de fijación, directa o indirecta, de precios concretamente de correcciones de precios por calidad, desde la campaña 2005/2006 hasta la campaña 2011/2012 incluida; y de portes en la campaña 2005/2006 por fijación de precios de anticipo o de salida, por las campañas 2006/2007, 2007/2008, 2009/2010 y 2010/2011; y su participación en la UTE que actuó durante la campaña 2006/2007 con fines anticompetitivos como en el cierre del mercado.

b) Acuerdo de reparto de mercado, por las campañas 2010/2011 y 2011/2012.

c) Acuerdo de cierre de mercado y boicot a la empresa ALGODONERA LA BLANCA PALOMA desde el año 2009 hasta el 2012".

Al abordar la tipificación de las conductas objeto de sanción, parte la Comisión de la existencia, en efecto, de una infracción única y continuada en función del objetivo final común que persiguen todas ellas, cual sería el



control del mercado de aprovisionamiento de algodón bruto y de desmotado del algodón durante el periodo comprendido, al menos, entre el 2004 y 2012.

Tales conductas se habrían materializado en un acuerdo de fijación de precios de anticipo, correcciones por calidad, y precios de transporte, conceptos cuyo análisis individualizado aborda la resolución, que se refiere también al cierre de mercado y boicot sufrido por la empresa Algodonera La Blanca Paloma.

Todo lo cual le lleva a concluir, como anticipábamos, que se trata de conductas prohibidas por el Artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia y del Artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, consistentes de una infracción única y continuada, que engloba prácticas de fijación de precios, reparto de mercado y cierre de mercado a otras empresas, constitutivas de infracción muy grave tipificada en el Artículo 62.4.a) de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

#### **SEGUNDO.- La cuestión que presenta interés casacional.**

Como se ha dicho en los Antecedentes de Hecho de esta sentencia, tanto la resolución sancionadora de la CNMC, como la sentencia recurrida de la Audiencia Nacional que desestimó el recurso contencioso administrativo, consideraron que la empresa **recurrente**, junto con otras empresas y asociaciones del sector del desmotado de algodón, habían incurrido en una infracción única y continuada del artículo 1 de la LDC, consistente en la fijación de precios, reparto del mercado y cierre de mercado a otros competidores.

En la instancia se plantearon y en la sentencia impugnada se resolvieron diversas cuestiones: i) la invalidez de las pruebas obtenidas en los registros domiciliarios llevados a cabo por la Dirección de Investigación, ii) la prescripción de la infracción y la falta de acreditación de la existencia de una infracción única y continuada, y iii) el efecto de la cosa juzgada que habría de aplicarse a la cuestión relativa al boicot a una empresa competidora.

La Sección de Admisión de esta Sala únicamente apreció la existencia de interés casacional en las cuestiones planteadas en relación con una de las tres prácticas prohibidas integrantes de la infracción, la de cierre de mercado a otros competidores.

En efecto, el auto de admisión del recurso de casación aprecia interés casacional únicamente en relación con la conducta de cierre de mercado a otros competidores, en los términos siguientes: "[...]determinar si la intervención gubernativa por medio de la aprobación de un Real Decreto, como es el caso, excluye la posible apreciación de conductas colusorias prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, por parte de los interesados que puedan haber promovido la citada norma reglamentaria, así como la incidencia que pueda tener un pronunciamiento del Tribunal Supremo que, en un recurso promovido por la empresa perjudicada, declara la legalidad de la disposición reglamentaria promovida por las empresas sancionadas."

#### **TERCERO.-Sobre la conducta imputada de cierre de mercado y boicot a otra empresa competidora.**

Como hemos indicado en los Antecedentes de Hecho, el primer motivo del recurso de casación se ciñe a la cuestión que, de acuerdo con el auto de admisión del recurso dictado por esta Sala el 2 de julio de 2018, presenta interés casacional, es decir, se refiere este motivo de impugnación a la conducta que la resolución de la CNMC denominó de cierre de mercado y boicot a la mercantil Algodonera La Blanca Paloma.

Alega la parte **recurrente** que el cierre de mercado que se imputa a la **recurrente** tiene su origen y razón de ser en la disposición adicional única del Real Decreto 169/2010 que, vino a limitar la participación de las ayudas al algodón a aquellas empresas desmotadoras afectadas por el proceso de reestructuración del sector, que hubieran participado en el desmotado en al menos una de las cuatro campañas comprendidas entre 2006/07 y 2009/10, y tal actuación administrativa supone la ruptura del nexo causal entre la conducta realizada por la **recurrente** y la infracción imputada, ya que fue la Administración la encargada de redactar y promulgar el RD 169/2010 y el contenido de su disposición adicional única, siendo por ello la Administración la única responsable de su contenido y, en su caso, de los efectos restrictivos sobre la competencia que **hubiera** producido la indicada disposición adicional.

A los anteriores argumentos añade la parte **recurrente** que este Tribunal Supremo, en sentencia de 27 de septiembre de 2012, ha declarado la conformidad a derecho de la disposición adicional única del Real Decreto 169/2010.

Para resolver las cuestiones que suscita el auto de admisión del recurso de casación y la parte **recurrente** en este primer motivo de su recurso, vamos a examinar, en primer término, la conducta desarrollada por las partes **recurrentes** que la CNMC y la sentencia recurrida califican de cierre de mercado y boicot a la empresa Algodonera La Blanca Paloma, y en segundo lugar, la incidencia que en el presente recurso puedan tener las consideraciones que efectuamos en nuestra sentencia de 27 de septiembre de 2012 sobre la disposición adicional única del RD 169/2010, promovida por las **recurrentes**.





### I) La conducta calificada de cierre de mercado y boicot a la empresa Algodonera La Blanca Paloma.

La resolución sancionadora de la CNMC describe de la forma siguiente la conducta infractora (FD 7º; las negritas en el original):

*" El acuerdo de cierre del mercado y boicot a la empresa Algodonera La Blanca Paloma, en el que han participado empresas desmotadoras y asociaciones sectoriales **es un acuerdo de libro con la pretensión (a) de mantener su statu quo en el mercado; (b) el cierre de mercado a otras desmotadoras, como condición sine qua non para ello.***

*Así en el acuerdo de la reunión de la Asamblea Extraordinaria celebrada el 11 de Marzo del 2009 se acordó "tras un intenso debate que se incluyera en el Real decreto la cláusula para vetar la entrada de nuevas factorías desmotadoras durante el tiempo que dure el PNR, limitando la actividad a aquellas que hayan trabajado al menos 3 campañas de las 4 últimas (las del nuevo régimen de ayudas)".*

*Se trata de un acuerdo de propuesta que tiene por finalidad ser elevado a la Secretaría General de Medio Rural y Agricultura Ecológica de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía y ésta, a su vez, al Ministerio de Agricultura, pesca y Medio Ambiente **que fue debatida y consensuada entre las empresas desmotadoras y finalmente incluida en el Real Decreto 169/2010.** "*

Se trata, por tanto, de un "acuerdo de propuesta" al que llegaron varias empresas desmotadoras y asociaciones sectoriales, con la finalidad de ser elevado a la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía, que debía a su vez remitirlo al Ministerio de Agricultura, Pesca y Medio Ambiente, para que lo incluyera en el Real Decreto 169/2010, como finalmente ocurrió, incorporándose la propuesta en la disposición adicional única del citado Real Decreto.

Por tanto, la práctica que la CNMC califica como "cierre de mercado" y "boicot" tuvo como manifestación las propuestas y solicitudes que las **recurrentes** dirigieron a la Administración autonómica y estatal, a través de las asociaciones **empresariales** del sector, para que se incluyera una cláusula en el Real Decreto que se estaba elaborando por el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente para concretar el Plan Nacional de Reestructuración del Algodón (PNR).

En el expediente administrativo queda constancia de **dichas** propuestas y solicitudes, así:

o Representantes de la Agrupación Española de Desmotadoras de Algodón (AEDA) y de la Asociación de Desmotadoras del SUR (ADESUR), dirigieron el 3 de septiembre de 2009 un escrito a la Secretaria General de Medio Rural y Agricultura Ecológica de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Comunidad Autónoma de Andalucía (folio 7942 del expediente), en el que solicitaban a **dicha** Consejería que *"...arbitre con extrema urgencia...para el periodo que abarque el proceso de reestructuración (2009-2016), una disposición que disponga que las factorías que no hayan estado activas en las campañas 2006/2007, 2007/2008 y 2008/2009, no sean autorizadas a colaborar en el régimen de ayudas a los efectos de lo establecido para los pagos adicionales en el sector del algodón".*

o El 17 de noviembre de 2009 se reunieron representantes de AEDA, ADESUR y la Consejería de Agricultura y Pesca de la Comunidad Autónoma de Andalucía (folios 8855 a 8857 del expediente), y las asociaciones **empresariales** solicitaron de la Administración autonómica, entre otros extremos, *"que se incluya en el RD la cláusula para vetar la entrada de nuevas factorías desmotadoras durante el tiempo que dure el PNR, limitando la actividad a aquellas que hayan trabajado al menos 3 campañas de las 4 últimas"*.

o AEDA dirigió un escrito al Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, en respuesta a una comunicación del citado Ministerio de 24 de noviembre de 2009 que le había remitido el proyecto de real decreto para que efectuaran sugerencias y observaciones (folios 8880 a 8882), y en línea con los apartados anteriores, solicitó *"que se regule específicamente en el real decreto lo necesario para que, mientras dure el programa de reestructuración, se impida la participación en el régimen de ayuda al algodón de aquellas factorías desmotadoras que no haya desmotado algodón en al menos tres de las campañas 2006/2007 a 2009/2010."*

Ni en la resolución de la CNMC, ni en la sentencia impugnada, se recogen otras conductas de cierre de mercado y boicot por parte de las **recurrentes** distintas de esta actuación de propuesta a la Administración a que acabamos de hacer referencia.

El Consejo de Ministros aprobó la norma a que se refieren los anteriores escritos, mediante el Real Decreto 169/2010, de 19 de febrero, por el que se establecen las bases reguladoras de las ayudas en el marco del Programa nacional de reestructuración para el sector del algodón, que incluyó una disposición adicional única acogiendo la propuesta de limitación de participación de las desmotadoras en las ayudas efectuada por los **recurrentes**, en la forma que indicaremos más adelante al examinar la disposición en cuestión.



Una vez identificada la conducta de las **recurrentes**, iniciamos su enjuiciamiento señalando que, en principio, no puede descartarse la aplicación de las normas de defensa de la competencia a una conducta de una empresa o grupo de empresas, dirigida a obtener de la Administración una ventaja o beneficio competitivo.

Es esta una cuestión que deberá resolverse caso por caso, en atención a las circunstancias concurrentes en cada supuesto. Entre las circunstancias relevantes que deben tenerse en cuenta cabe reseñar, entre otras, y siguiendo los criterios recogidos en la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 1 de julio de 2010 (asunto T-321/05), confirmada en este punto por la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de diciembre de 2012 (asunto C-457/10), el carácter objetivamente engañoso o fraudulento de las declaraciones ante la Administración.

En **dichas** sentencias se examinaron las sanciones impuestas por la Comisión a unas empresas farmacéuticas que realizaron deliberadamente declaraciones incorrectas a las oficinas de patentes, con el fin de obtener certificados adicionales de protección para los que no tenían derecho. El Tribunal General consideró (apartado 361 de la sentencia citada) que constituía una infracción de las normas de defensa de competencia, en concreto un abuso de posición dominante, la presentación por parte de una empresa que goza de tal posición de declaraciones objetivamente engañosas en las oficinas de patentes, que podían llevar a estas últimas a otorgarle certificados complementarios de protección a los que no tenían derecho, o a los que tenían derecho pero por un período más limitado, restringiendo o eliminando de este modo la competencia.

La declaración del Tribunal General fue confirmada por el Tribunal de Justicia, que señaló (apartado 98 de la sentencia citada) que *"...el tercer motivo que formulan equivale a sostener la tesis según la cual cuando una empresa en posición de dominante considera que puede, según una interpretación jurídicamente defendible, solicitar un derecho, le es lícito servirse de todos los medios para obtenerlo y recurrir incluso a declaraciones marcadamente engañosas que tienen por objeto inducir a las autoridades públicas a error. Pues bien, esta concepción es manifiestamente contraria al concepto de competencia basada en los méritos y a la responsabilidad particular que incumbe a tal empresa de no menoscabar, mediante su comportamiento, una competencia efectiva y no falseada en el seno de la Unión."*

Cabe añadir, como segunda circunstancia a ponderar para resolver sobre la aplicación de las normas de defensa de la competencia, de acuerdo con la sentencia del Tribunal General antes citada (apartados 330 y 357), el mayor o menor margen de actuación de la Administración en cuanto al curso que ha de darse a la solicitud, pues cuando el margen de actuación de la autoridad administrativa es limitado o en caso de inexistencia de la obligación de comprobar la exactitud o veracidad de las informaciones que le son comunicadas, el efecto contrario a la competencia que pueda resultar de una decisión administrativa basada en informaciones inexactas puede no ser imputable a la actuación administrativa, sino a las declaraciones que indujeron al error.

Examinamos seguidamente la concurrencia de las anteriores circunstancias en el presente caso:

a) En cuanto a la concurrencia de engaño en las declaraciones de las **recurrentes**, en el presente caso no existe dato alguno, ni en la resolución sancionadora, ni en la sentencia de la Audiencia Nacional recurrida, que permita establecer que los informes y solicitudes dirigidas por las **organizaciones** de empresas desmotadoras a la Administración, en el procedimiento de elaboración del Real Decreto 169/2010, hayan incurrido en cualquier tipo de engaño o fraude.

Únicamente cabe apuntar, en este sentido, el correo electrónico que el presidente de AEDA dirigió a algunos directivos de empresas desmotadoras, dando cuenta de unas conversaciones que había mantenido con una funcionaria de la Consejería de Agricultura, Pesca y Medio Ambiente (CAP) de la Junta de Andalucía, en relación con una próxima reunión, que se recoge en el Pliego de Cargos (apartado 266 en folio 12.999 del expediente), y que reproducen tanto la resolución de la CNC (FD 7) como la sentencia de la Audiencia Nacional FD 4), con el siguiente tenor literal:

*"Hola, buenas tardes:*

*Esta mañana he hablado con Vicenta :*

*(...)*

*- En relación a Blanca Paloma me ha comentado que ...(la Secretaria General de Medio Rural y Producción Ecológica de la CAP)..., va a convocar a todo el sector (**Organizaciones**, Faeca, Aeda, Adesur y a cada una de las desmotadoras) para presentar Aforo de Producción y decidir si es necesaria o no la apertura de Blanca Paloma. La reunión está prevista para el día 12 de Agosto a las 13:00 horas. Os convocarán directamente. Creo que es importante si para el aforo de producción os piden opinión no decir una barbaridad de kilos que les den argumento para la autorización de Blanca Paloma.*



Saludos"

Esta indicación del Presidente de AEDA de "si para el aforo de producción os piden opinión no decir una barbaridad de kilos", no puede considerarse constitutiva de engaño o fraude, pues no existe dato alguno sobre si la CAP efectuó la convocatoria del sector, si se celebró la reunión, si se pidió a los destinatarios del correo opinión sobre el aforo de producción, si estos ofrecieron los datos reales de kilos o no, y si resultó relevante esa información sobre el aforo de producción, que no se conoce si llegó a ofrecerse y en qué términos, por lo que a falta de estos elementos no podemos afirmar la existencia de una información engañosa o **fraudulenta** ni, obviamente, que tal información -no acreditada- pudiera viciar el procedimiento de elaboración de la disposición general o tuviera alguna relevancia en la aprobación de la disposición adicional única del Real Decreto 169/2010.

Así pues, ni la resolución sancionadora, ni la sentencia impugnada, ofrecen elemento alguno que permita sostener que los **recurrentes** hayan tenido una intervención que exceda el marco legal de su audiencia, mediante solicitudes, observaciones y sugerencias, en la elaboración del Real Decreto 169/2010, sin que tampoco se haya apuntado, ni **siquiera a nivel indiciario**, que en **dichas consultas** las **organizaciones empresariales recurrentes hubiera actuado de manera fraudulenta**, proporcionando datos falsos a la Administración o empleando cualquier otra forma de engaño.

b) En cuanto al margen de actuación de la Administración, el Real Decreto 169/2010, que incluyó la limitación controvertida de las ayudas a las desmotadoras en su disposición adicional única, se dictó en cumplimiento de las previsiones del Reglamento (CE) n.º 637/2008 del Consejo, de 23 de junio de 2008, por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 1782/2003 y se establecen programas nacionales de reestructuración (PNR) para el sector del algodón, que en su artículo 2 establece las normas que regulan la atribución de fondos comunitarios a los Estados miembros y la utilización de dichos fondos mediante programas nacionales de reestructuración, con objeto de financiar medidas específicas de reestructuración en beneficio del sector del algodón.

La participación de las **organizaciones** sectoriales en la elaboración del PNR es una exigencia del artículo 4.1 del Reglamento 637/2008, que dispone que antes de presentar cada Estado miembro a la Comisión el PNR, deberá someterlo a **consulta** de las autoridades y **organizaciones** competentes del sector del algodón, y resulta también una exigencia de carácter general de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, cuyo artículo 24, en la redacción vigente en el momento de elaboración del citado Real Decreto, disponía la audiencia de los ciudadanos afectados en sus derechos e intereses legítimos, directamente o a través de las **organizaciones** y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupen o representen, todo ello sin olvidar que, en último término, la audiencia de los ciudadanos y de las **organizaciones** y asociaciones en el procedimiento de las disposiciones generales que les afecten es una exigencia constitucional expresada por el artículo 105 CE.

La Administración, en este caso el Consejo de Ministros, aprobó el Real Decreto 169/2010 en ejercicio de la potestad reglamentaria reconocida por el artículo 97 CE, que no es una potestad reglada sino discrecional, que atribuye al Consejo de Ministros, como titular de la misma, una amplia libertad de elección para adoptar sus determinaciones, de conformidad con la Constitución, las leyes y los principios de buena regulación establecidos en el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y, en lo que ahora nos interesa, sin que las solicitudes, observaciones y sugerencias presentadas por los interesados en el procedimiento de elaboración -entre ellos la parte **recurrente**- tengan ningún efecto o alcance vinculante respecto del contenido de la disposición general finalmente aprobada.

Por ello puede apreciarse que, como sostienen las partes **recurrentes**, la causa determinante de la regulación de limitación de ayudas a las desmotadoras fue la intervención administrativa de aprobación del Real Decreto y su concreto contenido, y no la propuesta que formularon las asociaciones y empresas desmotadoras **recurrentes**.

## II) La sentencia de este Tribunal, de fecha 27 de septiembre de 2012 (recurso 177/2010).

La empresa Algodonera La Blanca Paloma interpuso recurso contencioso administrativo, registrado con el número 177/2010, contra el Real Decreto 169/2010, en el que dedujo la concreta pretensión de declaración de nulidad, y subsidiariamente de anulabilidad, de la disposición adicional única del indicado Real Decreto, y en dicho procedimiento intervinieron como partes recurridas, además de la Administración representada por el Abogado del Estado, la Asociación de Desmotadores del Sur (ADESUR) y la Agrupación Española de Desmotadores de Algodón (AEDA), que sostuvieron la conformidad a derecho de la disposición adicional única impugnada.

La disposición adicional única del RD 169/2010, de 19 de febrero (BOE de 20 de febrero), tiene el siguiente contenido literal :





*Disposición adicional única. Participación de las desmotadoras en el régimen de ayudas al algodón.*

*Para preservar el equilibrio entre las fases de producción y transformación de algodón alcanzado con el proceso de reestructuración, y establecer las condiciones que posibiliten la viabilidad de las industrias que permanezcan activas tras el mismo, es necesario regular la participación de las plantas de desmotado en el régimen de ayudas al algodón durante el periodo de vigencia del Programa Nacional de Reestructuración limitando la participación a aquellas plantas de desmotado afectadas por la reestructuración que hayan desmotado al menos tres de las cuatro campañas comprendidas entre 2006/07 y 2009/10.*

Esta Sala dictó sentencia en el indicado proceso, de fecha 27 de septiembre de 2012, anterior por tanto en más de un año a la resolución sancionadora de la CNMC impugnada en este recurso, en la que rechazó expresamente las dos alegaciones de la parte **recurrente**, consistentes en que: i) la disposición adicional única del RD 169/2010 excede del ámbito de la normativa comunitaria que traspone, el Reglamento nº 637/2008 del Consejo, de 23 de junio de 2008, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 1782/2003 y se establecen programas nacionales de reestructuración para el sector del algodón, y ii) la citada disposición adicional única conculca los principios de concurrencia e igualdad establecidos en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, al dar una posición favorable a unas determinadas empresas desmotadoras sobre otras, sin una justificación real y objetiva.

El rechazo por este Tribunal de esta segunda alegación (FD 2º), en la que ahora nos interesa detenernos por la similitud de los argumentos que comparte con la resolución de la CNMC sobre el carácter anticompetitivo de la disposición adicional única del RD 169/2010, se basó en que la desigualdad de trato entre las plantas desmotadoras, a los efectos de poder ser partícipes del régimen de ayudas implantado por los Reglamentos Comunitarios 637/2008 y 1145/2008 "no es discriminatoria, ya que se justifica en datos y criterios objetivos, según se puso de manifiesto en la sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de septiembre de 2006 (C-410/04, FJ 131), tendentes a promover el equilibrio entre las fases de producción y transformación del algodón, consecuencia de la aplicación de los programas de reestructuración, y garantizar la viabilidad de las empresas titulares de plantas de desmotado que permanezcan activas tras el mismo, en aras de utilizar eficazmente los fondos comunitarios limitados."

La sentencia de esta Sala asumió e hizo suya la exposición efectuada por el Consejo de Estado en su dictamen sobre el proyecto de Real Decreto, en relación con la evolución del régimen de ayudas implantadas en el sector del algodón, que produjo la reducción de las superficies destinadas al algodón y la consiguiente necesidad de dismantelar un número elevado de plantas desmotadoras, razonó a continuación la sentencia de esta Sala que la disposición adicional única del Real Decreto 169/2010 no supuso la adopción de un trato desigual entre empresas desmotadoras que carezca de justificación, atendiendo a las circunstancias de carácter económico que conforman la evolución de este sector industrial, sometido a un intenso proceso de reestructuración que supuso el dismantelamiento de muchas de las instalaciones que no eran viables, y concluyó la indicada sentencia de esta Sala indicando que, al desestimar íntegramente todos los motivos de impugnación deducidos, procedía la desestimación del recurso formulado contra la disposición adicional única del Real Decreto 169/2010, que declaró expresamente conforme a derecho.

A la vista de todo lo razonado en este apartado, llegamos a la conclusión de que las actuaciones enjuiciadas de la parte **recurrente**, en relación con la disposición adicional única del RD 169/2010, carecen de entidad para ser calificadas como conductas colusorias descritas en el artículo 1 de las Leyes 16/1989, de 17 de julio y 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, por tratarse del desarrollo de una actividad de propuesta en defensa de sus intereses, en el marco del procedimiento de elaboración de una disposición general, en la que no puede apreciarse ningún elemento de engaño o fraude que **hubiera** influido en el procedimiento al punto de viciarlo, a lo que se suma que la disposición final única del RD 169/2010, en la que la CNMC aprecia el contenido anticompetitivo, ha sido declarada conforme a derecho por resolución judicial firme.

Por lo anterior, procede la estimación del recurso de casación en el motivo examinado.

#### **CUARTO.- Sobre la caducidad del procedimiento.**

El segundo motivo del recurso plantea la caducidad del procedimiento sancionador, si bien ya el auto de admisión del recurso de casación advirtió (FD 1º) que la cuestión relativa a la caducidad del procedimiento no ha sido tratada por la sentencia de instancia y ha sido suscitada, por primera vez en esta sede casacional.

En efecto, el escrito de demanda no planteó cuestión alguna relativa a la caducidad del procedimiento sancionador, y la sentencia recurrida se pronunció sobre las alegaciones efectuadas por la **recurrente** en dicho escrito, a que antes hemos hecho referencia: i) la invalidez de las pruebas obtenidas en los registros domiciliarios llevados a cabo por la Dirección de Investigación, ii) la prescripción de la infracción y la falta de



acreditación de la existencia de una infracción única y continuada, y iii) el efecto de la cosa juzgada que habría de aplicarse a la cuestión relativa al boicot a una empresa competidora.

Como indica el auto de admisión, con cita en la sentencia de esta Sala de 5 de julio de 1996 (recurso de casación 4689/1993), el recurso de casación tiene como finalidad propia valorar si se infringieron por el Tribunal "a quo" normas o jurisprudencia aplicable, y resulta imposible, ni siquiera como hipótesis, que pueda producirse aquella infracción en relación con una cuestión que no fue considerada y sobre la que, por tanto, no hubo pronunciamiento en la sentencia, omisión que, en su caso, de entenderse improcedente, tendría su adecuado cauce revisor en el de la incongruencia omisiva.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que en el recurso de casación 1304/2018, seguido por otras empresas desmotadoras, con la misma asistencia letrada que interviene en este recurso, también contra la misma resolución sancionadora de la CNMC de 19 de diciembre de 2013, recaída en el expediente S/0378/11 (Desmotadoras de algodón), el auto de admisión del recurso declaró con interés casacional una cuestión relativa a la caducidad del procedimiento, sobre la que existía un previo pronunciamiento en la sentencia de instancia, y esta Sala, en la sentencia dictada con esta misma fecha en resolución de dicho recurso, ha declarado la improcedencia de apreciar la caducidad invocada, con argumentos que aquí tenemos por reproducidos.

**QUINTO.- Sobre la infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, en consonancia con el artículo 101.1 del TFUE e interpretación coherente con las Directrices sobre su aplicación a los acuerdos de cooperación horizontal.**

La parte recurrente imputa a la sentencia de la Audiencia Nacional que no tomase en consideración las Directrices de la Comisión Europea sobre la aplicabilidad del art. 101 del TFUE en los acuerdos de cooperación horizontal. En concreto, considera que para apreciar el carácter contrario a la competencia de una conducta era necesario analizar el contexto económico y jurídico, la posición y cuota de mercado y la incidencia en la restricción de la competencia.

En la sentencia de esta Sala que acabamos de citar, dictada en esta misma fecha en el recurso de casación 1304/2018, seguido por otras empresas desmotadoras contra la misma resolución sancionadora de la CNMC, se abordó la misma cuestión que suscita la parte recurrente en este motivo de impugnación.

Lo cierto es que esta alegación, tal y como ha sido planteada en casación, constituye una cuestión nueva, pues en la instancia no se invocaron tales Directrices ni entre los diferentes motivos de impugnación se planteó una alegación como la que ahora se suscita. Es cierto que se cuestionó que los hechos imputados pudieran ser calificados como un acuerdo y la inexistencia de una infracción única y continuada. También se cuestiona la inexistencia de una práctica contraria a la competencia por entender que no existía prueba que avalase un acuerdo de fijación de precios (invocando la infracción de la presunción de inocencia, culpabilidad y responsabilidad) o la inexistencia de un acuerdo de reparto de mercado durante las campañas 2010/2011 y 2011/2012, por falta de prueba y finalmente sobre la inexistencia de un acuerdo de cierre de mercado. Pero en la instancia no se articuló una alegación en los términos que ahora se suscita en casación, lo que motivó que la sentencia de la Audiencia Nacional no contuviese pronunciamiento alguno al respecto, suscitándose por vez primera en casación.

En todo caso, y aun cuando considerásemos que lo alegado en la instancia guardaba relación con los elementos a tomar en consideración para apreciar un acuerdo de voluntades para la fijación de precios y la incidencia que el intercambio de información de precios debe tener en relación con los efectos contrarios a la competencia, este tribunal no abordará las cuestiones referidas a la existencia de prueba suficiente y su valoración, ajenas al recurso de casación.

Y por lo que respecta a la problemática jurídica que plantean estas cuestiones y la incidencia de las Directrices de la Comisión Europea sobre la aplicabilidad del art. 101 del TFUE en los acuerdos de cooperación horizontal, debe recordarse, tal y como ya afirmamos en la STS de 25 de julio de 2018 (rec. 2917/2016), que el intercambio de información entre empresas competidoras puede suponer una "práctica concertada", pues el conocimiento de una información relevante de la empresa competidora puede sustituir los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas. Así, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entre otras la sentencia de 4 de junio de 2009, (asunto C-8/08, T-Mobile, par. 26.) de 19 de marzo de 2015 (asunto C-286/13, Dole Food, par. 126 y siguientes), y sentencia de 8 de julio de 1999 (asunto C-49/92, P, Polypropylene, par. 115), entiende por "práctica concertada": "una forma de coordinación entre empresas que, sin haber desembocado en la celebración de un convenio propiamente dicho, sustituye conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas."

El grado de coordinación necesario para entender que nos encontramos ante una práctica concertada no exige la elaboración de una planificación específica. El intercambio de información relevante implica una



colaboración o cooperación, dado que, como regla general, la lógica de la competencia entre empresas conlleva que "todo operador económico debe determinar autónomamente la política que pretende seguir en el mercado común y las condiciones que pretende reservar a sus clientes" (STJUE de 16 de diciembre de 1975, Suiker Unie y otros/Comisión, asuntos acumulados 40/73 y otros apartado 173, STJUE de 14 de julio de 1981, Züchner, 172/80, apartado 13, STJUE de 28 de mayo de 1998, asunto C-7/95 P, John Deere Ltd. apartado 86).

Así, la jurisprudencia ha sostenido que el intercambio de información puede constituir una práctica concertada si reduce la incertidumbre estratégica, pues el contacto directo entre competidores determina que cada empresa no actúa con la debida autonomía, cuando la toma de contacto directa o indirecta entre dichos operadores tenga por objeto o efecto bien influir en el comportamiento en el mercado de un competidor actual o potencial, o bien desvelar a dicho competidor el comportamiento que uno mismo ha decidido o tiene intención de mantener en el mercado (STJUE de 16 de diciembre de 1975, asuntos acumulados 40/73 y otros, Suiker Unie, párrafo 173 y ss) produciendo así un resultado colusorio.

Por otra parte, el intercambio de información entre competidores sobre precios individualizados de los productos que comercializan, que incluya datos no públicos, permite disponer de una información privilegiada que disminuye los riesgos y facilita la adaptación de su conducta al mercado. Es cierto que no toda actuación en paralelo de los competidores en el mercado es atribuible necesariamente a que éstos hayan concertado sus comportamientos con un objetivo contrario a la competencia, pero ha de considerarse que tiene un objetivo contrario a la competencia un intercambio de información que puede eliminar la incertidumbre en el comportamiento de las partes. De modo que el resultado colusorio se produce aun cuando a la vista de la información del competidor no se modifique el comportamiento ni se incida sobre los precios previos, si la información intercambiada tiene la virtualidad de generar la seguridad de que existirá un escenario estable y no se corre el riesgo de perder cuota de mercado, disminuyendo, por tanto, sus incentivos para competir, sin que tampoco es necesario que exista una relación directa entre la práctica concertada y los precios finales aplicados al consumidor.

De hecho, las propias directrices horizontales invocadas por la parte **recurrente** consideran como información estratégica, que produce efectos restrictivos en la competencia y reduce la independencia de las partes para tomar decisiones, la información referida a precios (precio reales entre otros [...]) añadiendo que "generalmente, la información relativa a precios y cantidades es la más estratégica, seguida por la información sobre los costes y la demanda". Es más, en esas mismas directrices se considera que tienen mayor incidencia restrictiva sobre la competencia los intercambios de datos individualizados, la información actual o futura y los datos no públicos.

Por todo ello, se considera que el intercambio de la información realizado constituye una práctica concertada que redujo la incertidumbre estratégica en el mercado que puede considerarse una infracción por el objeto ya que por su propia naturaleza era apta para incidir en el comportamiento de las empresas en el mercado. No se aprecia, por tanto, valoración ilógica o arbitraria de la prueba ni que la conclusión alcanzada por el tribunal de instancia pueda considerarse irracional o arbitraria o contraria a las Directrices de la Comisión en esta materia.

#### **SEXTO.- La decisión del recurso contencioso administrativo.**

La estimación del recurso en los limitados términos que hemos expuesto en los apartados precedentes, obliga a esta Sala, de conformidad con el artículo 93.3 de la LJCA, a resolver la concreta controversia jurídica que es objeto del proceso.

Como se ha dicho, la CNMC y la sentencia impugnada declararon a la empresa **recurrente**, junto a otras empresas y asociaciones **empresariales** del sector del desmotado de algodón, responsables de conductas prohibidas por los artículos 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio y 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, consistentes en una infracción única y continuada, que engloba prácticas de fijación de precios, reparto de mercado y cierre de mercado a otras empresas, si bien, la estimación del recurso de casación en los términos expuestos en esta sentencia, supone excluir de la infracción única y continuada apreciada la conducta calificada de cierre de mercado a otras empresas, manteniendo por tanto en la declaración de infracción única y continuada las conductas de fijación de precios y reparto de mercado.

Por los mismos razonamientos, procede también la estimación parcial del recurso contencioso administrativo, excluyendo de la infracción única y continuada apreciada por la resolución sancionadora de la CNMC la citada conducta calificada de cierre de mercado a otras empresas.

En cuanto a las consecuencias de la estimación parcial del recurso contencioso administrativo, en los términos que se acaban de exponer, en relación con la cuantía de las multas impuestas, la Sala tiene en cuenta que la resolución sancionadora de la CNMC no atribuye una mayor gravedad a ninguna de las tres conductas infractoras de fijación de precios, reparto de mercado y cierre de mercado, por lo que a fin de mantener la



proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida por la resolución sancionadora, que no ha sido cuestionada en este recurso, la Sala estima que debe reducirse en un tercio el importe de la sanción impuesta por la resolución de la CNMC.

En consecuencia, debemos estimar el recurso contencioso administrativo, declarar la nulidad de la resolución sancionadora de la CNC: i) en la apreciación de una infracción única y continuada, que queda limitada a las prácticas de fijación de precios y reparto de mercado, y de la que excluimos la práctica calificada de cierre de mercados a otras empresas y ii) en la determinación de la cuantía de las multas, que queda fijada la impuesta a Algodonera del Sur S.A. en 104.335,68 euros.

**SÉPTIMO.- La respuesta a la cuestión que plantea interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia.**

La cuestión de si la intervención gubernativa excluye la apreciación de conductas colusorias prohibidas por el artículo 1 de la LDC por parte de los interesados que hayan promovido la actuación de la Administración, debe ser respondida caso por caso, en atención a las circunstancias presentes en cada supuesto, entre las que se consideran especialmente relevantes -sin perjuicio de otras- la concurrencia de engaño o fraude en la propuesta de los interesados, que haya podido viciar el procedimiento administrativo o inducir a error a la Administración en su decisión, y el margen de actuación de la Administración, en el sentido de que cuando el margen de actuación de la autoridad administrativa es limitado, el efecto contrario a la competencia que pueda resultar de una decisión administrativa basada en informaciones inexactas puede no ser imputable a la actuación administrativa, sino a las declaraciones que indujeron al error.

En un supuesto como el presente, en el que no está acreditada una actuación engañosa o **fraudulenta** en las sugerencias y propuestas dirigidas por las partes **recurrentes** a la Administración en un procedimiento de elaboración de una disposición general, debe sumarse a **dicha** circunstancia el hecho de que la disposición general finalmente adoptada fue declarada conforme a derecho por sentencia judicial firme, a los efectos de decidir la inaplicación de la normativa de defensa de la competencia a las conductas enjuiciadas.

**OCTAVO.- Costas.**

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4 y 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Sala acuerda que no procede la imposición de las costas del recurso de casación, ni las de instancia, al apreciar que el caso presentaba serias dudas de derecho.

**FALLO**

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

1.- Ha lugar al recurso de casación nº 1261/2018, interpuesto por la representación procesal de Algodonera del Sur S.A., contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional, de 20 de octubre de 2017 (recurso contencioso-administrativo 83/2014), que ahora queda anulada y sin efecto.

2.- Estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Algodonera del Sur S.A. contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 19 de diciembre de 2013 (expediente S/0378/11 Desmotadoras de algodón), que anulamos en los extremos de excluir como conducta prohibida por los artículos 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio y de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, la conducta denominada por la resolución sancionadora de cierre de mercado a otras empresas, y en la cuantía de la sanción impuesta, declarando como importe procedente el de 104.335,68 euros.

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

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

Así se acuerda y firma.

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

D. Eduardo Calvo Rojas Dª. Maria Isabel Perello Domenech

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

D. Angel Ramon Arozamena Laso





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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ