



Roj: **SAN 5623/2017 - ECLI:ES:AN:2017:5623**

Id Cendoj: **28079230062017100497**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **20/10/2017**

Nº de Recurso: **83/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso:** 0000083 / 2014

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 01017/2014

**Demandante:** ALGODONERA DEL SUR, S.A

**Procurador:** D. GABRIEL MARÍA DE DIEGO QUEVEDO

**Demandado:** COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

**Codemandado:** ALGODONERA BLANCA PALOMA

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.:** D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

### **SENTENCIA Nº:**

**Ilma. Sra. Presidente:**

D<sup>a</sup>. BERTA SANTILLAN PEDROSA

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D<sup>a</sup>. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veinte de octubre de dos mil diecisiete.



VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 83/14 promovido 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. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado, e intervenido como codemandada la entidad ALGODONERA BLANCA PALOMA, representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Olga Rodríguez Herranz.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dictase sentencia por la que *"... se declare la invalidez de las pruebas obtenidas en los registros domiciliarios practicados, y, en cualquier caso, se declare que dicha Resolución no se ajusta a derecho, bien por prescripción de los hechos, por no haber quedado acreditada la comisión de las conductas imputadas, o por no concurrir el elemento subjetivo necesario, anulando en consecuencia dicha Resolución y la sanción impuesta con costas, o subsidiariamente se minore la sanción impuesta por aplicación del principio de proporcionalidad, a la vista de cuantas circunstancias concurran llegado el caso"* .

**SEGUNDO** .- El Abogado del Estado y la entidad codemandada contestaron a la demanda mediante sendos escritos en los que suplicaban se dictase sentencia por la que se confirmasen los actos recurridos en todos sus extremos.

**TERCERO** .- Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 13 de septiembre de 2017, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS, quien expresa el parecer de la Sala.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- A través de este proceso impugna la entidad actora la resolución dictada con fecha 6 de noviembre de 2014 por el Consejo de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/0430/12 *RECOGIDA DE PAPEL* cuya parte dispositiva era del siguiente tenor literal:

*"PRIMERO .- Declarar la existencia 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 Defesa 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 otros empresas.*

*SEGUNDO .- Las conductas anteriormente descritas y concretadas suponen una infracción muy grave tipificada en el Artículo 62.4.a) de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia .*

*TERCERO .- Declarar responsables de dichas infracciones a las siguientes Empresas y Asociaciones sectoriales:*

(...)

- ALGOSUR (Algodonera del Sur S.A.)

(...)

*CUARTO .- Procede, con amparo en lo dispuesto en el Artículo 10 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia , imponerles las siguientes sanciones:*

(...)

*Algodonera del Sur, SA (ALGOSUR) ... 156.503,52 euros.*

*QUINTO .- Intimar a las Asociaciones sectoriales y Empresas sancionadas para que, en el futuro, se abstengan de realizar conductas iguales o semejantes, del tenor de las anteriormente tipificadas.*

(...)"

Como antecedentes procedimentales de dicha resolución merecen destacarse, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, los siguientes:

1) Con fecha Con fecha 7 de Septiembre del 2011 se recibió en la extinta CNC denuncia de la UNION DE PEQUEÑOS AGRICULTORES Y GANADEROS DE ANDALUCIA (UPA- ANDALUCIA) contra Algodonera del Sur

S.A. (ALGOSUR), Desarrollo y Aplicaciones Fitotécnicas S.A. (DAFISA), Eurosemillas S.A. (EUROSEMILLAS), SURCOTTON S.A., Industria Desmotadora Andaluza S.L. (INDESA), y Colectivo Algodoneras del Sur de Andalucía S.L. (COALSA), por supuestas conductas prohibidas por la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, *"consistentes en la adopción de acuerdos tendentes, de forma directa o indirecta, a fijar los precios pagados a los productores de algodón"*.

2) Iniciada información reservada por la entonces Dirección de Investigación (DI) al amparo de lo dispuesto en el artículo 49.2 de la Ley 1572007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y practicados los requerimientos de información que obran en el expediente, con el resultado que igualmente consta, mediante resolución de 24 de febrero de 2012 la DI acordó la incoación de expediente sancionador contra ALGOSUR, DAFISA, EUROSEMILLAS (por las actuaciones de Eurosemillas y de Surcotton, su filial), INDESA y COALSA por posibles conductas prohibidas e incardinables en el Artículo 1 de la Ley 15/2007, consistentes en un supuesto acuerdo de fijación del precio de anticipo para la compra del algodón sin desmotar. Al propio tiempo, notificó a la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía la incoación de dicho expediente sancionador de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 5.2 d) de la Ley 1/2002 de 21 de Febrero, de Coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, atendida la especial incidencia en esa Comunidad de los hechos advertidos.

3) Practicadas las actuaciones que documenta el expediente administrativo, mediante acuerdo de 25 de febrero de 2013 la DI dispuso la ampliación de la incoación a AGRUPACION ESPAÑOLA DE DESMOTADORAS DE ALGODÓN (AEDA) *"por posibles prácticas anticompetitivas, consistentes en la adopción de acuerdos tendentes, de forma directa o indirecta, a fijar los precios pagados a los productores de algodón, prohibidas tanto por el Artículo 1 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, como por el Artículo 1 de la vigente Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia"*. Asimismo, se acordó ampliar la incoación por una eventual conducta anticompetitiva consistente en un acuerdo de reparto de mercado de algodón bruto a las empresas EUROSEMILLAS, SURCOTTON, DAFISA, ALGOSUR, INDESA y COALSA; y por *"una posible conducta anticompetitiva consistente en el cierre de mercado a otras empresas desmotadoras de algodón"* por parte de las empresas EUROSEMILLAS, SURCOTTON, DAFISA, ALGOSUR, INDESA, COALSA y COMASA, así como a su matriz AGRICOLA CONAGRALSA SL., y a las Asociaciones sectoriales AEDA y ADESUR.

Con fecha 20 de marzo del 2013, se amplió también la incoación contra COALSA y su matriz al 100% AGRICOLA CONAGRALSA por *"posibles prácticas anticompetitivas consistentes en la adopción de acuerdos tendentes, de forma directa o indirecta, a fijar los precios pagados a los productores de algodón, prohibidas tanto por el Artículo 1 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, como por el Artículo 1 de la vigente Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia"*. Incoación que se extendió por acuerdo de 29 de Mayo del 2013 a PRODUCTORES DEL CAMPO DE ALCALA DEL RIO (PRODUCTORES), LAS PALMERAS, ECIJANA DE SERVICIOS AGROPECUARIOS (COESAGRO), AGRICOLA Y GANADERA DEL PINZON (PINZON), LAS MARISMAS DE LEBRIJA (LAS MARISMAS) y AGROQUIVIR *"por posibles prácticas anticompetitivas consistentes en la adopción de acuerdos tendentes, de forma directa o indirecta, a fijar los precios pagados a los productores de algodón con anterioridad a la fecha de constitución de COALSA en 2009, prohibidas tanto por el Artículo 1 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, como por el Artículo 1 de la vigente Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia"*.

4) Formulado con fecha 13 de junio de 2013 el correspondiente pliego de concreción de hechos -que completaba el de 22 de mayo anterior-, y emitida el 16 de julio siguiente propuesta de resolución, la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dictó con fecha 19 de diciembre de 2013 la resolución ahora recurrida.

5) Ha de destacarse, además, que este mismo sector había sido ya investigado con anterioridad en el precedente expediente S/370/96 "Desmotadoras de Algodón" que concluyó con la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 10 de Junio de 1997 que sancionaba a las siguientes empresas, asociaciones y/o cooperativas: Cooperativa Levantina de Cultivadores de Algodón, Sociedad Agraria de Transformación nº 1381, Surcotton, Cooperativa Cordobesa de Cultivadores de Algodón, Eurosemillas SA., Alysol SA, Cooperativa Andaluza Ecijana de Servicios Agropecuarios, Algodonera La Palma SA, Moratalla SA, Algodonera La Blanca Paloma SA, Las Marismas de Lebrija Sociedad Cooperativa Andaluza, Las Palmeras Sociedad Cooperativa Andaluza, Pinzón Sociedad Cooperativa Andaluza, Trajano Sociedad Cooperativa Andaluza, Carthagosur SCA, Cooperativa Agrícola del Sureste y Nueva Desmotadora Sevillana.

Tal resolución fue impugnada antes esta Audiencia Nacional que desestimó el recurso mediante sentencia de 22 de marzo de 2001, confirmada en casación por otra del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2005, recurso núm. 3668/2002.



**SEGUNDO** .- En cuanto a los hechos determinantes del acuerdo sancionador, en el pliego de concreción de hechos se describe a la entidad actora, ALGODONERA DEL SUR, S.A, (ALGOSUR) del siguiente modo: "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 cultivares 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 .

**TERCERO** .- El primero de los argumentos esgrimidos en la demanda alude a la invalidez de las pruebas obtenidas en los registros domiciliarios llevados a cabo por la Dirección de Investigación toda vez que las preceptivas autorizaciones judiciales se otorgaron para la entrada y registro en las sedes de varias empresas y asociaciones, pero no incluían la intervención de las comunicaciones, por lo que carecerían de eficacia inculpatoria los correos electrónicos recibidos o emitidos por la entidad actora y que hubieran sido intervenidos con ocasión de dichas inspecciones.

Sin embargo, es lo cierto que tal afirmación no se acompaña de una indicación precisa de cuales fueron los correos cuyo contenido pudiera haber sido tomado en consideración para inculpar a ALGOSUR, especialmente teniendo en cuenta que la entidad actora no fue inspeccionada en ninguna de sus sedes, como destaca la misma resolución recurrida.

En definitiva, la alegación de supuesta vulneración del artículo 18.3 de la Constitución es del todo genérica, se limita a denunciar la violación del secreto a las comunicaciones sin concretar, ni los correos electrónicos que pudieran haber sido tomados en consideración, ni la trascendencia que le ha atribuido la CNMC para inculpar a la entidad.

Además, la prueba solicitada por la actora y admitida por la Sala se ha limitado a la documental que integra el expediente administrativo.

Sin desconocer la doctrina jurisprudencial y constitucional que cita la parte recurrente al referirse a la interpretación y el alcance del artículo 18.3 de la Constitución , no puede prosperar su invocación desconectada de la particular situación de la empresa cuyo derecho fundamental pudiera haber sido lesionado. En este sentido, declarábamos en sentencia de 17 de diciembre de 2015, recurso 272/2015 , lo siguiente:

*"En segundo lugar alega la actora que la actuación inspectora ha vulnerado su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, alegación con la que no podemos mostrarnos tampoco conformes, por cuanto y como resulta del acta, toda la documentación incautada no era de la actora sino de la inspeccionada, por lo que la eventual vulneración de dicho derecho únicamente podría ser invocado por esta última, de haber considerado que con la actuación inspectora se produjo una injerencia o intromisión ilegítima a tal derecho. Efectivamente del acta se desprende que es el Sr. Elias , empleado de Fhisastur S.L., el que admite poder tener documentación de Fhisa en su despacho (66) y que es en el curso de la inspección y durante el día 20 de enero de 2015 donde se revisa y obtiene copias de determinada documentación en soporte papel, recabada del despacho del Sr. Elias y de la mesa de D<sup>a</sup> Rafaela , como en soporte electrónico procedentes de dispositivos Smartphone de D. Fausto y del Sr. Elias ante su presencia y en la misma fecha (68, 69, y 70). Consta asimismo que el acceso a la cuenta particular de correo electrónico del Sr. Elias , su ordenador portátil y su documentación privada en papel, se realiza a efectos de comprobar que su contenido no está relacionado con el objeto de la inspección (87). Toda la información obtenida queda contenida en un archivo contenedor denominado FHISA.zip al que se le ha asignado un código o valor de verificación de identidad. Por tanto la documentación recabada pertenece a la empresa inspeccionada y no a la actora, no existe ningún dato que nos permita afirmar lo contrario. Es más en el acta con el n<sup>o</sup> NUM000 consta que el equipo inspector ha procedido al borrado de toda la información intermedia recabada. Por tanto, como quiera que la información obtenida pertenece a la inspeccionada y no a la actora, la posible vulneración del secreto de las comunicaciones única y exclusivamente puede ser invocada por el titular de las mismas, en este caso FHISA, pero no por la actora, por lo que procede desestimar este motivo. Todo ello sin perjuicio, como dice el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, que de haber aprehendido algún documento relativo a la actora y no a la inspeccionada, se proceda a su devolución y sin que en base a ella pudiera iniciarse expediente sancionador alguno, al haber sido obtenido ilícitamente, pero repetimos sólo en este caso. En este sentido la Sentencia del Tribunal General de la UE de 14 de noviembre de 2012 en el asunto T-135/09 Nexans, subraya la posibilidad, o incluso obligación, de los funcionarios de competencia de comprobar, examinar o acceder a documentos ajenos al objeto de la inspección durante el transcurso de la misma: "No obstante, a pesar de lo anterior, cuando la Comisión realiza una inspección en los locales de una empresa en virtud del artículo 20, apartado 4, del Reglamento n<sup>o</sup> 1/2003 , está obligada a limitar su indagación a las actividades de dicha empresa relacionadas con los sectores indicados en la decisión por la que se ordena la inspección y, por consiguiente, una vez que ha comprobado, tras efectuar su examen, que un documento o una información no están comprendidos en dichas actividades, debe abstenerse de utilizarlos para su investigación".*

**CUARTO** .- Aduce, además, la recurrente que la infracción habría prescrito, para lo cual parte de que no se ha acreditado la existencia de una infracción única y continuada.



Ello le lleva a considerar, ante la falta de un plan preconcebido de actuación y de una prolongación en el tiempo de la conducta, que las infracciones aisladas respecto de las cuales hubiera transcurrido el plazo legal se encuentran prescritas.

Tal alegación ha de abordarse conjuntamente con el siguiente motivo de la demanda, en el que ALGOSUR rechaza la comisión de las infracciones que se le imputan y denuncia la falta de prueba suficiente de las conductas atribuidas por la CNMC.

Niega así en primer lugar su intervención en un " *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...*".

Sin embargo, la prueba acopiada en el expediente administrativo desmiente, como veremos a continuación, tales alegaciones, y permite constatar que ALGOSUR ha intervenido en la comisión de los hechos que se le imputan.

En el pliego de concreción de hechos (apartado 186) se alude a la existencia de un correo electrónico recabado en las sedes de COALSA y de AEDA, por el cual el Sr. Constanancio , directivo de COALSA y entonces secretario de AEDA, informa con fecha 18 de septiembre de 2010 a otros directivos de la empresa COALSA sobre el desarrollo de las reuniones mantenidas con otras desmotadoras. Bajo el asunto "REUNIÓN CASTILLO Y OTRAS DESMOTADORAS" se indica que (folios 7968 y 9157):

*"Para informar a los que están "de vacaciones o de FERIA": como sabéis ayer tuvimos dos reuniones: - Primero nos vimos con Imanol , Jenaro , José y yo (no estuvo presente Santos de Dafisa, pero me llamó antes (...))", di rectivos correspondientes a las empresas ALGOSUR, INDESA, COALSA y DAFISA.*

*Literalmente se decía en el correo que "A continuación se incorporó Lucas y Marcial - directivos correspondientes de COALSA y SURCOTTON-EUROSEMILLAS- para concretar los temas de campaña. Después de las típicas echadas en cara de lo que había hecho fulano y mengano en tal sitio (el tema estaba caliente con las Lomas en Cádiz, Dafisa que ha tocado a Tepro" y los líos de Indesa), que parecía que todo se iba al carajo y cada uno por su lado, se calmó la cosa y fuimos al grano. Hemos quedado:*

*Anticipo: 60 ptas/kg más IVA. Coalsa hemos dicho Grado 4,5 Husillos y 5 Stripper. Eurosemillas dicen que ponen grado 5 a todo. Algodón de Stripper rendimiento máximo 29 %. Aplicamos la hoja de compensación de puntos H-1 75 con descuento en rendimiento. El transporte sólo el directo a factoría: la tablilla que teníamos Coalsa del año pasado se lo pagamos al agricultor directamente pero no lo metemos en la liquidación del anticipo, sino al final campaña (Nov-Dic).[...]"*

La Dirección de Investigación hace un análisis de las facturas, de los contratos y de los anexos a los contratos referentes a correcciones de precio por calidad y a precios de transporte aportados por las empresas, y de ello concluye de manera razonada que se ha producido, efectivamente, la aplicación de las condiciones sobre precios de anticipo, correcciones y portes acordadas para determinadas campañas.

En este sentido, aunque las explicaciones facilitadas por las empresas desmotadoras sobre el cálculo de los precios de anticipo del algodón bruto son diferentes, tal y como se expone en el apartado 5.1.5 del pliego de concreción de hechos, con referencia a las manifestaciones ofrecidas sobre el particular por cada una de las empresas afectadas e indicación de los folios del expediente en los que constan tales manifestaciones, las conclusiones que recoge en su apartado 5.1.6 se asientan sobre la evidencia que proporcionan las referidas facturas, contratos y anexos a los contratos.

En este punto, alude en primer término a la campaña 2006/2007, y dice que *"Del análisis de los contratos aportados por las empresas desmotadoras, se desprende que el valor de los anticipos aplicados en las fechas de inicio de la campaña 2006/2007 de los que se dispone de datos, es igual a 21€/10088kgs89 : COMASA (folios de 11056 a 11067), ALGOSUR (folios 9960 a 9995 -para la UTE- y folios 9996 a 10031 en relación a la empresa, pagando 0,3005 €/kg), EUROSEMILLAS (folios de 10610 a 10634) y SURCOTTON (folios de 10923 a 10936)".*

En cuanto a la campaña siguiente -2007/2008-, advierte que *"Del análisis de los contratos aportados por las empresas desmotadoras, se desprende que el valor de los anticipos en las fechas de inicio de la campaña 2007/2008 es igual a 27€/100kgs, es decir, 45 ptas./kg, como se recogía en las actas del apartado 5.1.2. Se observa que en noviembre de 2007 algunas de las empresas que han presentado los contratos cambian de precio, incluso el mismo día, pagando 33€/kg. Los folios donde constan estos contratos son los siguientes: ALGOSUR para los algodones que no son de variedad INTERCOTP 1 (folios 10032 a 10068), LAS MARISMAS (folios 11613 a 11654), AGROQUIVIR (folios 11579 a 11602), LAS PALMERAS (folios 11394 a 11420), PRODUCTORES DEL*

CAMPO (folio 11371 a 11391), EUROSEMILLAS (folios 10635 a 10659), SURCOTTON (folios 10937 a 10961) 93. Los contratos de la empresa INDESA comienzan en noviembre (folios 11206 a 11221), pagando como anticipo 0,3304 €/kg y presentando contratos con valores de anticipo más diversos, y COMASA pagó un anticipo de 0,30 €/kg en septiembre, y todos los posteriores ascendieron a 0,3300 €/kg (folios 11071 a 11091)".

Por lo que se refiere a la campaña 2009/2010, declara que, del análisis de las facturas facilitadas por las empresas desmotadoras, se desprende que "... el valor de los anticipos en la campaña 2009/2010 es idéntico, e igual a 0,2100 €/kg, es decir, 34,88 ptas/kg salvo en el caso de COALSA, en el que en algunas facturas es idéntico y en otra varía a partir del 3º decimal. Los folios donde constan estas facturas son los siguientes: ALGOSUR (folios 1094 a 1111)".

Destaca en este caso que resulta especialmente relevante el hecho de que la primera fecha de entrega de algodón para tres desmotadoras (ALGOSUR, EUROSEMILLAS Y SURCOTTON) fuera el mismo día, el 21 de septiembre de 2009; que todas las partidas entregadas ese día fueron valoradas con un anticipo de 0,21 €/kg; y que las partidas que se empezaron a entregar posteriormente, también.

En relación a la campaña 2010/2011, pone de manifiesto que " Del análisis de las facturas facilitadas por las empresas desmotadoras se desprende que el valor de los anticipos en la campaña 2010/2011 comenzó en septiembre siendo idéntico para todas las empresas desmotadoras menos para COMASA 96 hasta el 3º decima, siendo igual a 0,360€/kg de algodón bruto, lo que equivale a 60 ptas./kg ALGOSUR (folios 1151 a 119198) INDESA (folios 1609 a 162099), EUROSEMILLAS (folios 3731 a 3730), SURCOTTON (folios 3838 a 3885), DAFISA (folios 1718 a 17321)....". Dice también que "En lo que se refiere a los anexos del contrato tipo que afectan a las correcciones de precio por calidad, así como los precios de los portes (éstos últimos sólo para las campañas 2004/2005 y 2005/2006), éstos fueron aplicados efectivamente por parte de las empresas: ... ALGOSUR desde la campaña 2005/2006 (folios 9923 a 10149) hasta la campaña 2011/2012, con excepción de la campaña 2009/2010 y 2010/2011)".

Además, se remite al concierto sobre fijación de precios de desmotado entre algunas empresas desmotadoras que supuso la creación de una UTE en la campaña 2006/2007, empresas entre las que se encontraría ALGOSUR. Destaca la DI que, de la información obtenida en el curso de la inspección, así como de los requerimientos de información efectuados, se habría acreditado la creación de una Unión Temporal de Empresas que operó durante la campaña 2006/2007 y que estaba formada por las desmotadoras NUEVA DESMOTADORAS SEVILLANA (DEVISA), PINZON, PRODUCTORES DEL CAMPO, ALGOSUR, COESAGRO, LAS PALMERAS y LAS MARISMAS; cuyo objetivo sería precisamente "... el de unificar precios de desmotado, unificar la clasificación del algodón y desmotar en la factoría más cercana", lo cual resultaría del contenido de diversas actas entre las que menciona la de la sesión ordinaria del Consejo Rector de "LAS MARISMAS DE LEBRIJA, S.C.A.", celebrada el día 28 de agosto de 2.006 en la sede social, tal y como resulta de los folios 8621 a 8624 del expediente administrativo.

Constan, al propio tiempo, las razones por las cuales la CNMC rechaza que dicha UTE pudiera constituir un válido acuerdo de cooperación horizontal conforme a las previsiones de la Comunicación de la Comisión Europea sobre Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. En efecto, señala que "Atendiendo a las expectativas de la UTE recogidas en las actas mencionadas en el apartado 5 de este PCH, de una previsión de producción de 130 millones de kilogramos de algodón, la UTE podría desmotar unos 60 millones, lo cual supone una cuota de mercado de aprovisionamiento de algodón bruto del 46,15%. (326) Dicha UTE, tal y como se recoge en el H.A. 5.2 pretendía además unificar precios de desmotado y la clasificación del algodón ("tendría la ventaja de la uniformidad en la clasificación, y que todo el mundo desmota al mismo precio) así como desmotar en la factoría más cercana ("y además cada kilo que entre en la UTE iría a la desmotadora más cercana'). Con ello, se persiguió unificar la estrategia comercial de varios competidores, que dejaron de operar de manera autónoma, bajo la figura artificial de una UTE que además cubría una parte importante del mercado. A la vista de lo anterior, este acuerdo de cooperación horizontal en la campaña 2006/2007 entre empresas a través de un vehículo societario concreto, y para la que ha quedado acreditada su aplicación (ver punto 5.2.) debe considerarse como una restricción a la competencia en el sentido del artículo 1 de la Ley 16/1989, entonces vigente".

Por otra parte, se acredita que en las campañas de algodón comprendidas entre 2010/2011 y 2011/2012 existieron contactos frecuentes entre las empresas desmotadoras COALSA, ALGOSUR, INDESA, SURCOTTON, EUROSEMILLAS y DAFISA referentes a las cantidades de algodón recepcionadas por cada una de ellas, y así, y en cuanto a la campaña 2010/2011, se refiere la DI a las anotaciones de una reunión de personal directivo de COALSA de fecha 18 de octubre de 2010 en la cual se relacionan las empresas desmotadoras activas en esa campaña, con indicación de la cantidad recibida en cada una de ellas a fecha 14 de octubre de 2010, en plena campaña del algodón (contenido del folio 8387, nota escrita a mano pero que permite apreciar con claridad la referencia a ALGOSUR, a la que se asigna la cifra 10).



En relación a la campaña 2011/2012, la evidencia de los acuerdos se plasma en el correo electrónico de fecha 14 de octubre de 2011, cuyo asunto era "REUNIÓN DE HOY AEDA-ADESUR", y en el cual se comunica a directivos de COALSA un resumen de la reunión mantenida entre los responsables de las empresas desmotadoras DAFISA, ALGOSUR, INDESA, EUROSEMILLAS-SURCOTTON y COALSA (folio 7978). En él, de manera muy gráfica, se dice lo siguiente:

*"[...] Como resumen de la reunión a la que hemos asistido: Santos , Imanol , Jenaro , Marcial , Victorio , Jose Ignacio , Carlos Manuel y yo. El tono de la reunión ha sido bueno y distendido (se ve que tenemos la panza llena de algodón), nos han pegado algún tiritito porque llevamos mucho algodón en Coalsa. En cuanto al reparto de Kilos entrados hasta ayer en factoría más o menos cuadran los que ha dicho cada uno:*

*Dafisa 12.800 Tm, Surcotton 15.000 Tm, Ecija 10.000 Tm, Algosur 29-30.000 Tm, Indesa 16.000 Tm, Coalsa 30.000 Tm y Las Lomas 3-4.000 Tm (no ha venido). En los almacenes se ha comentado que pueden haber 15-16.000 Tm en total.[...]"*

Por último, en el pliego de concreción de hechos se concreta la prueba inculpatória en relación al cierre del mercado y a la voluntad conjunta de impedir su apertura a la empresa desmotadora LA BLANCA PALOMA. Cabe destacar en este punto, y entre otras pruebas a las que alude la Dirección de Investigación, que, con fecha 26 de julio de 2011, el Presidente de AEDA, remitió un correo electrónico con asunto "CONVERSACION CON Carolina ", entre otros destinatarios, "... Imanol ALGOSUR ..." con este contenido:

*"Hola, buenas tardes:*

*Esta mañana he hablado con Carolina :*

*(...)*

*- En relación a Blanca Paloma me ha comentado que Mabel Salinas - entonces la Secretaria General del Medio Rural y la 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"*

La prueba descrita, que no es sino una parte de toda la que recoge el expediente y toma en consideración la CNMC para entender acreditada la responsabilidad de ALGODONERA DEL SUR, permite concluir a esta Sala, en el ejercicio de las potestades sobre libre valoración de la prueba que le son propias, que la resolución sancionadora tiene una base fáctica suficiente; especialmente si se advierte que la prueba propuesta por la actora en su escrito de demanda, admitida en su totalidad, se limitaba a la "Documental consistente en el propio expediente administrativo, incluyendo la ya aportada por esta parte al mismo ...".

Y ello determina, a su vez, que no hayan prescrito las conductas al tener la infracción el carácter de única y continuada y acreditarse la prolongación en el tiempo de las conductas infractoras. Declara en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 15 abril 2013, recurso núm. 1059/2010 , lo siguiente:

*"El quinto motivo de casación, fundamentado en la infracción del artículo 12 de la Ley de Defensa de la Competencia , no puede ser acogido, en cuanto compartimos el criterio de la Sala de instancia de que tratándose de una infracción continuada, al concurrir los presupuestos establecidos en el artículo 4.6 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, de realización de una pluralidad de acciones derivadas de la ejecución de acuerdos adoptados por la Federación de Cajas de Ahorros Vasco-Navarras, que infringen el mismo precepto, que prohíbe los pactos restrictivos de la competencia, y que responden a una estrategia empresarial concertada, no cabe apreciar que se haya producido prescripción de la infracción, en cuanto las conductas ilícitas han perdurado en el tiempo y no han cesado en el momento de incoación del expediente sancionador por el Servicio de Defensa de la Competencia"*

Como recordamos en sentencia de esta misma Sala de la Audiencia Nacional de 26 de mayo de 2016, recurso núm. 496/2013 (asunto *Coches de alquiler* ), el Tribunal de Justicia de la UE ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la prolongación en el tiempo de las conductas infractoras y sobre su posible tipificación como infracción continuada con las consecuencias que ello arrastra en cuanto a la prescripción, para lo cual parte, como presupuesto ineludible, de la existencia de un plan único de actuación conjunta de las distintas entidades implicadas, que es, precisamente, lo que se habría acreditado en el caso de autos conforme a lo que hemos expuesto.

Puede citarse como manifestación de dicha doctrina la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de diciembre de 2012, Asunto Verhuizongen Coppens, C- 441/11 , apartado 41, en el que se indica que "Según reiterada jurisprudencia, una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, actualmente 101.1 del TFUE , puede resultar no sólo





de un acto aislado, sino también de una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado, aun cuando uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado puedan también constituir por sí mismos y aisladamente considerados una infracción de la citada disposición. Por ello, cuando las diversas acciones se inscriben en un "plan conjunto" debido a su objeto idéntico que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, la Comisión puede imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto ( sentencias Comisión/Anic Partecipazioni, antes citada, apartado 81, así como de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartado 258)".

Por su parte, el Tribunal General, sin perjuicio, obviamente, de aplicar esta jurisprudencia, ha puntualizado los siguientes extremos:

- En la sentencia de 6 de febrero de 2014, asunto T-27/10 AC- Treuhand AG, apartados 240 y 241, señala que no puede identificarse de forma genérica el concepto "objetivo único", que subyace en el plan conjunto de las empresas implicadas, con la simple distorsión de la competencia, pues ese es el presupuesto de la calificación de la práctica como anticompetitiva.

Esa interpretación tendría como consecuencia, que varios comportamientos relativos a un sector económico, contrarios al artículo 81 CE, apartado 1, deberían calificarse sistemáticamente como elementos constitutivos de una infracción única ( sentencia del Tribunal de 30 de noviembre de 2011, Quinn Barlo y otros/Comisión, T-208/06, Rec. p. II- 7953, apartado 149, y la jurisprudencia citada).

Por ello, debe siempre verificarse el grado de complementariedad de los distintos comportamientos que integran la infracción única.

A este respecto, habrá que tener en cuenta cualquier circunstancia que pueda demostrar o desmentir dicho vínculo, como el período de aplicación, el contenido (incluyendo los métodos empleados) y, correlativamente, el objetivo de los diversos comportamientos de que se trata ( sentencia de 28 de abril de 2010, del Tribunal General, asunto T-446/05 Amann & Söhne y Cousin Filterie/Comisión, apartado 92, y la jurisprudencia citada en la misma).

- La sentencia de 17 de mayo de 2013 Asunto T-147/09 Trelleborg Industrie, apartados 59 y ss, precisa que:

a) En el marco de una infracción que dura varios años, no impide la calificación de infracción única el hecho de que las distintas manifestaciones de los acuerdos se produzcan en períodos diferentes, siempre que pueda identificarse el elemento de unidad de actuación y finalidad.

b) De acuerdo con una práctica jurisprudencial constante se han identificado una serie de criterios que ayudan a calificar una infracción como única y continuada, a saber: la identidad de los objetivos de las prácticas consideradas, de los productos y servicios, de las empresas participantes, y de las formas de ejecución, pudiéndose tener en cuenta, además, la identidad de las personas físicas intervinientes por cuenta de las empresas implicadas y la identidad del ámbito de aplicación geográfico de las prácticas consideradas.

c) La Comisión puede, en consecuencia, presumir la permanencia de una empresa durante todo el período de duración del cártel, aunque no se haya acreditado la participación de la empresa en cuestión en fases concretas, siempre que concurren los elementos suficientes para acreditar la participación de la empresa en un plan conjunto con una finalidad específica, que se prolonga en el tiempo. La consecuencia inmediata de ello, es que el "dies a quo" del plazo de prescripción, se computa a partir del cese de la última conducta.

Todo ello, sin perjuicio de la posibilidad conferida a la empresa implicada de desvirtuar esta presunción.

Esta doctrina ha sido plenamente asumida por esta Sala de la Audiencia Nacional en las Sentencias de 15 de julio de 2014 (recursos nº 150/2013 y 176/2013, asuntos *Torres Epic* y *Tepol*). Y, más recientemente, en la citada sentencia de 26 de mayo de 2016, recurso núm. 496/2013, asunto *Coches de alquiler*.

**QUINTO**.- Especial mención merece la alegación sobre el efecto de cosa juzgada que habría de aplicarse, según la empresa recurrente, a la cuestión relativa al boicot sufrido por ALGODONERA LA BLANCA PALOMA. Se trataría, a su juicio, de un asunto ya resuelto por sentencia firme, en concreto, por sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2012.

Una atenta lectura de la misma revela, sin embargo, que no tiene la eficacia pretendida pues en ella el Tribunal Supremo se limitó a enjuiciar la legalidad de la disposición adicional única del 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 había sido impugnada en recurso directo por la misma ALGODONERA LA BLANCA PALOMA.



Y, tras las consideraciones que refleja, concluye que "La pretensión de que se declare la nulidad de pleno derecho de la disposición adicional única del Real Decreto 169/2010, de 19 de febrero, basada en la conculcación del principio de igualdad en el ámbito del Derecho Subvencional, sancionado en el artículo 8 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, no puede prosperar, porque estimamos 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".< o:p>

La eficacia de cosa juzgada que deriva de tal pronunciamiento se agota en el objeto mismo del recurso, es decir, en la declaración de que la disposición adicional allí recurrida no es contraria a la Ley. Pero no puede extenderse a las conductas de cierre de mercado o de boicot que aquí se imputan -y se acreditan, en los términos que hemos destacado antes- a la entidad recurrente, y ello no obstante las restricciones o limitaciones que para la mercantil ALGODONERA LA BLANCA PALOMA pudieran seguirse de la aplicación de la disposición adicional única del Real Decreto 169/2010, de 19 de febrero, cuya legalidad sancionó el Tribunal Supremo.

**SEXTO** .- La justificación suficiente de los hechos en que se sustentan las infracciones sancionadas por la CNMC, que evidencian también la concurrencia del elemento subjetivo que cuestiona la recurrente pues solo dentro del plan conjunto a que aludíamos antes puede concebirse su comisión, han de conducir a la desestimación del recurso y a la consiguiente imposición de costas a la parte actora en aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa .

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

#### FALLAMOS

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.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN** .- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su notificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a tres de noviembre de dos mil diecisiete, doy fe.