



Roj: **SAN 416/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:416**

Id Cendoj: **28079230062017100038**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **13/02/2017**

Nº de Recurso: **516/2014**

Nº de Resolución: **61/2017**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000516 /2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 06505/2014

Demandante: IBERPOTASH SA

Procurador: D. JOAQUÍN FANJUL DE ANTONIO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: UNIÓN SALINERA DE ESPAÑA SA Y ASOCIACIÓN IBÉRICA DE FABRICANTES DE SAL

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. **SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO**

SENTENCIA N.º:

Ilma. Sra. Presidente:

D.ª. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. **SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO**

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a trece de febrero de dos mil diecisiete.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso n.º **516/14**, seguido a instancia de la mercantil " **Iberpotash SA**", representada por el Procurador de los Tribunales D. Joaquín Fanjul de Antonio, con asistencia letrada, y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. Ha intervenido como parte codemandada la mercantil "Unión Salinera de España SA", representada por el Procurador de los Tribunales D. Manuel Sánchez-Puelles y González-Carvajal y la Asociación Ibérica de Fabricantes de Sal, "Afasal", representada por la Procuradora de los Tribunales D.ª. Rosa Sorribes Calle.

El recurso versó sobre impugnación de resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) dictada el 25 de septiembre de 2014 en el expediente S/0442/12 Productores de Sal, la



cuantía se estimó indeterminada e intervino como ponente el Magistrado Don **SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO**. La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Para el correcto enjuiciamiento de la cuestión planteada es necesario el conocimiento de los siguientes hechos:

1. La recurrente, Iberpotash SA, es una empresa española que forma parte del grupo Israel Chemicals, LTD (ICL) a través de una filial de ésta, ICL Fertilizers. Se dedica a la extracción, elaboración y comercialización de sales potásicas y sódicas. La compañía tiene instalaciones industriales-mineras ubicadas en las localidades de Sallent y Súria (Barcelona).

Se impugna la resolución de archivo de una denuncia formulada por la recurrente, imputando a las codemandadas una infracción de los artículos 1.1 LDC, así como de los artículos 3 de la LDC y 8.2, d) y 9 de la Ley 3/91 de Competencia Desleal.

2. En este caso, son mercados de producto diferenciados, el mercado de extracción de potasa y el mercado de la sal. En ambos participa la recurrente.

La actividad de extracción de potasa que realiza la recurrente conlleva la acumulación de residuos de sal, que también es comercializada. Dicha sal es de escasa calidad y solamente puede utilizarse para determinadas utilidades industriales, tales como deshielo de carreteras y procesos electrolíticos de industrias químicas. La mayor parte de dicha sal es almacenada en depósitos al aire libre.

En el mercado de la sal se distinguen tres tipos de sal, atendiendo a su método de producción: sal gema, sal vacuum y sal marina, diferenciándose las tres según su tamaño, dureza y grado de pureza, siendo la sal vacuum la de mayor pureza y la marina la que contiene mayor grado de impurezas

3. Iberpotash anunció en abril de 2011 un plan de inversión en la mina que tiene en la localidad de Súria, denominado proyecto Phoenix, que se estructuraría en dos fases. La primera consistente en la mejora de los procesos de extracción de potasa y en la construcción de una planta de sal "vacuum" (el tipo de sal de mayor pureza), procediéndose al cierre ordenado de la mina situada en la localidad de Sallent, y la segunda en una fase de expansión que aumentaría la producción de cloruro potásico y de cloruro sódico hasta alcanzar 1,1 millones y de 1,5 millones de toneladas respectivamente. La primera fase se completaría en torno al segundo trimestre de 2014.

4. El 12 de noviembre de 2012, la recurrente presentó denuncia ante la Dirección de Investigación (DI) de la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC) contra la mercantil competidora "Salins du Midi et de l'Est" (Salins) y la asociación empresarial Afasal por infracción del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC), en los siguientes términos:

-Salinst y Afasal, a la que también pertenece la recurrente, llevaron a cabo una campaña de desprestigio y confrontación para intentar neutralizarle como competidor en el mercado de la sal.

-Salins propuso un pacto de no agresión y un eventual reparto del mercado de la sal.

-Ambas entidades han intentado levantar barreras normativas contra la producción de sal que va a realizar Iberpotash, promoviendo que Afasal presentase ante el Ministerio de Sanidad una consulta vinculante sobre la posibilidad de utilizar las sales derivadas de la potasa como sal alimentaria.

-Las dos entidades organizaron una campaña de desprestigio y acoso contra la recurrente para suprimir la competencia, mediante la presentación de numerosas solicitudes de información ante diferentes Administraciones Públicas sobre distintos aspectos del cumplimiento de la legislación y la publicación en medios de comunicación escrita (la mayoría de ellos catalanes) de acusaciones sin fundamento, de infracciones de la normativa medioambiental y urbanística por parte de Iberpotash.

-Las concretas actuaciones que la recurrente denunció como abusivas son las siguientes, según consta en la resolución recurrida:

*Denuncia interpuesta por D.(XXX) y el colectivo ecologista L'Alzina, a finales de los 90 ante la Audiencia Provincial de Barcelona contra la empresa y varios de sus directivos por delito contra el medioambiente con motivo de los residuos de la mina de Súria.

*Denuncias de Terraqui ante el Ayuntamiento de Súria, los Mossos de Esquadra y el Cuerpo de Agentes Rurales en relación con las obras de acceso a la rampa de la mina de Súria.



*Denuncia de Terraqui ante la Dirección General de Calidad Ambiental del Departamento de Territorio y Sostenibilidad de la Generalitat de Cataluña por la comisión de una infracción urbanística muy grave por parte de Iberpotash, en relación al inicio de las obras de la rampa de la mina de Cabanasses, en el término municipal de Súria. En relación a esta denuncia el citado Departamento dictó sendas Resoluciones dirigidas al Ayuntamiento de Súria y a Iberpotash incoando un expediente de disciplina urbanística y ordenaba la paralización de las obras por infracción urbanística muy grave al no contar con la licencia oportuna.

*Denuncia de Terraqui ante la Dirección General de Calidad Ambiental del Departamento de Territorio y Sostenibilidad de la Generalitat de Cataluña por la falta de controles iniciales en las autorizaciones ambientales otorgadas para las minas de Súria y Sallent. La respuesta a estas denuncias de la Administración autonómica explica que la resolución de autorización otorgada no preveía un régimen de control inicial, dado que las actividades ya estaban en funcionamiento, si bien sí establecía un régimen de control específico de actividades existentes, según consta en el expediente.

*Denuncia de Terraqui ante el Juzgado de Instrucción nº 2 de Manresa contra diferentes cargos del Ayuntamiento de Súria en relación con la rampa de acceso a la mina de esa localidad; denuncia que ha sido archivada aunque en paralelo el Juzgado ha imputado por tráfico de influencias al Primer Teniente de Alcalde del Ayuntamiento de Súria.

*Recurso contencioso-administrativo por parte del partido político Candidatura d' Unitat Popular (CUP) contra la aprobación del Plan Especial Urbanístico para el acceso a la rampa de la mina de Cabanasses en la localidad de Súria en relación con el cual el Juzgado ha imputado una serie de cargos del Ayuntamiento de Súria por delitos de prevaricación urbanística.

*Tres recursos de reposición interpuestos por el Grupo Municipal de ERC en el Ayuntamiento de Sallent, por el Ayuntamiento de Balsanery, y por D.(XXX), contra la autorización ambiental otorgada el 28 de abril de 2008 para la actividad de extracción y tratamiento de recursos minerales de las minas localizadas en Sallent y Balsanery. El TSJC ha estimado parcialmente el recurso del Sr. (XXX) obligando a Iberpotash a establecer un plan para la explotación de los residuos que genere la mina de Sallent a partir del año 2035 y conminando a la Generalitat de Cataluña a fijar una fianza adecuada que pueda asegurar los posibles incumplimientos medioambientales.

*Recurso contencioso-administrativo por parte de la Asociación de vecinos de Sant Antoni de la localidad de Sallent contra la autorización medioambiental concedida a Iberpotash en 2008. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha anulado la resolución impugnada por disconformidad a Derecho urbanístico.

*Denuncia de D. (XXX) ante la DG Competencia de la Comisión Europea por ayudas públicas ilegales, por contaminación de las aguas y gestión de residuos y por actividad ilegal.

*Denuncia de Unión Salinera ante la Dirección General de Calidad Ambiental de Departamento del Territorio y Sostenibilidad de la Generalitat de Cataluña por falta de controles iniciales específico de las autorizaciones ambientales y otras cuestiones.

-Los artículos de prensa documentados que la recurrente denunció como campaña de desprestigio, son los siguientes:

*Artículos y noticias de 12, 13 y 21 de diciembre de 2012 publicados en los diarios y medios digitales "El Periódico", "Ara", "Regió 7", "Economía digital", "Nació digital" y "Europa Press", remitidos por Iberpotash el 21 de diciembre de 2012.

*Artículos y noticias publicados en los diarios y medios digitales "diario Información", "Prousal", "Ara", "Expansión", "La Vanguardia", "Regió 7", "Ecodiari", "Manresainfo", "El Setmanari de Suria", "ACN" y "Finanzas" entre noviembre de 2012 y febrero de 2013, todos ellos remitidos por Iberpotash con fecha 11 de marzo de 2013, junto a la copia del acta de la reunión de la Asamblea General de Afasal celebrada el 23 de febrero de 2012.

*Artículo de 24 de abril de 2013, publicado en un periódico de Israel, remitido por Iberpotash el 30 de mayo.

*Artículos publicados en el diario "El País" los días 9, 10 y 16 de junio de 2013 y en el diario "Regió 7" el día 1 de junio de 2013, todos ellos remitidos por Iberpotash con fecha 19 de junio.

*Artículos publicados entre noviembre de 2012 y junio de 2013 en los diarios y medios digitales "Economía Digital", "Prousal", "Ecodiario (El Economista)", "El Periódico", "Regió 7", "Manresa Info", "Informació.es", "Expansión", "Nació Digital", "El Salí", "El País", "Cotizalia", "Europa Press", "Economía Digital", "La Vanguardia", "Ara", "El Setmanari de Súria", "ACN", "Llibertat", así como blogs y otros medios, todos ellos remitidos por Iberpotash con fecha 5 de julio de 2013. Algunos de los mismos habían sido ya remitidos por Iberpotash anteriormente



-Las denunciadas han llevado a cabo una campaña contra la recurrente en el seno de Afasal, haciendo referencia a las decisiones tomadas en la Asamblea Extraordinaria, celebrada el 5 de noviembre de 2012, con el fin de iniciar un procedimiento para poder expulsar a Iberpotash de la Asociación.

-También señala el hecho de que Afasal encargara un informe medioambiental realizado por el Estudio Ramón Folch y Asociados titulado "Análisis de la situación actual y futura de los impactos ambientales de la actividad potásica del Bagés-Análisis del Plan Phoenix", que es el que ha dado origen a todas estas actuaciones, no actuando Afasal de la misma manera contra otras compañías salineras que producen la sal también procedente de residuos de potasa.

-Iberpotash denuncia también que existe conexión entre la Asociación y el Sr. (XXX) el cual ha llevado a cabo una denuncia ante la Comisión Europea contra el Reino de España por las ayudas que la Generalitat de Cataluña ha concedido a Iberpotash .

-La misma persona, con anterioridad, había formulado demanda judicial contra Iberpotash relativa a la explotación de la mina que tiene en la localidad de Sallent, en conexión con un despacho de abogados y el partido político CUP.

5. Con fecha 5 de diciembre de 2012, tuvo entrada ante la DI denuncia formulada por Afasal contra Iberpotash por una supuesta infracción del artículo 3 de la LDC.

6. Ambas denuncias fueron tramitadas por la DI y posteriormente por la Dirección de Competencia (DC), en el mismo expediente, bajo la referencia S/0442/12, realizándose distintas actuaciones de investigación.

7. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), mediante resolución de fecha 25 de septiembre de 2014, adoptó la siguiente decisión:

"Con amparo en el Artículo 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, no incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones reservadas seguidas con el número S/0442/12 Productores de Sal, por considerar que no hay indicios de infracción de la mencionada Ley".

SEGUNDO: Por la representación de la actora se interpuso recurso Contencioso-Administrativo contra la resolución precedente, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho. La fundamentación jurídica de la demanda se basó en las siguientes consideraciones:

1. Improcedente tramitación conjunta de las denuncias cruzadas:

-La denuncia formulada ante la CNC por la recurrente tenía por objeto depurar conductas contrarias al artículo 1 de la LDC.

-La denuncia formulada por Afasal tenía por objeto denunciar una infracción de la Ley de Competencia Desleal referida a actuaciones medioambientales de la recurrente en el mercado de extracción de la potasa.

No hay razón para un trato unitario de ambas denuncias y, además, la CNC no ha realizado actividades de investigación suficientes en relación con la denuncia de la recurrente.

La recurrente no está obligada a probar conductas anticompetitivas, sólo a presentar indicios suficientes para que la autoridad de la competencia realice una investigación en profundidad.

2. Denuncia un boicot en su contra para evitar su entrada en el mercado de producción de sal, exteriorizada en los siguientes hechos:

-Ejercicio sistemático de acciones judiciales y administrativas para bloquear las actividades de la recurrente:

a) se inician a partir de 2011, fecha de anuncio del nuevo proyecto de la recurrente, b) Invoca la STPI de 17 de julio de 1998, asunto T-111/96, que señala las condiciones para considerar abusivo el ejercicio de acciones, c) Afasal y sus colaboradores denuncian a la recurrente por su actuación en un mercado en el que las denunciadas no operan, y se encuentra alejado de su demarcación geográfica) e) Afasal no ha denunciado el comportamiento de Salinas de Navarra SA, por su producción en el mercado de extracción de la potasa, lo que muestra la persecución injustificada de la recurrente.

3. Infracción del artículo 8.2, d) y 9 de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal en relación con el artículo 3 de la LDC:

-Afasal y Salins iniciaron una campaña denigratoria y agresiva contra la recurrente mediante escritos constantes en la prensa, con afectación del interés general.

4. Objeto del recurso:



-Obligar a la CNMC a incoar un expediente sancionador, dado el carácter ilícito de los hechos denunciados tendentes a cerrar el mercado al que aspira acceder la recurrente. La CNMC debe investigar las conductas denunciadas lo que no ha hecho en el período de información reservada cuya larga duración crítica, refiriéndose al voto particular anexo a la resolución y a la falta de motivación de la resolución impugnada que no realiza una valoración propia de los hechos denunciados.

-La única actividad investigadora realizada por la CNMC en relación con la denuncia presentada por la recurrente, fue recabar actas de las reuniones de Afasal, solicitar los e-mails intercambiados por la recurrente con el presidente de Salins y cierta información respecto de la mercantil Salinas de Navarra.

-La recurrente quiere que se investigue la existencia de una relación directa entre Afasal y Salins y los despachos profesionales que presentaron las demandas en contra de la recurrente y recuerda que es obligación de la CNMC recabar las pruebas ante la presentación de indicios racionales con la denuncia.

-Debe aclararse el error patente cometido por la CNMC que ha confundido las denuncias de Afasal contra las actividades de la recurrente en el mercado de extracción de la potasa, que Afasal no representa, con el proyecto de la recurrente de entrar en el mercado de la producción de sal para el consumo humano.

-Debe declararse en sentencia de que los hechos denunciados presentan indicios que determinan la incoación del expediente. Invoca la STS de 13 de marzo de 2014 en este sentido.

-Durante la información reservada no podrán realizarse actividades de instrucción, que es lo que la recurrente estima necesario realizar.

-Subsidiariamente se solicita que la CNMC profundice en su labor investigadora.

TERCERO: La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida.

CUARTO: La codemandada Unión Salinera de España SA formuló, en síntesis, las siguientes alegaciones:

1. Falta de legitimación activa de la recurrente para interponer el recurso contencioso-administrativo:

a) Respecto de la petición principal de la recurrente, esto es, que se ordene a la CNMC incoar expediente sancionador:

-La decisión de iniciar el expediente sancionador es exclusiva de la CNMC y es una facultad discrecional que no puede ser sustituida por los Tribunales, sin perjuicio del control de la arbitrariedad, que no concurre en este caso.

b) Respecto de la petición subsidiaria, esto es, que la CNMC prosiga su investigación:

-La petición que formula la recurrente se refiere solo a la orden de cese de la conducta y no a la eventual sanción que pudiera imponerse a las denunciadas.

c) En general, la parte tiene que estar legitimada en el momento de interponer el recurso y la recurrente no ha probado la concurrencia de dicha circunstancia. Además, acredita la codemandada que la recurrente va a iniciar su actividad en Cataluña por lo que es difícil apreciar que en el momento de interponer el recurso tuviera interés en el cese de las conductas denunciadas.

2. La resolución recurrida está motivada y no incurre en error manifiesto:

La motivación de la resolución es pormenorizada y no arbitraria, siendo admisible la motivación por remisión.

3. Falta de presentación de indicios contra Afasal:

La recurrente atribuye a Afasal la organización de una campaña de desprestigio en su contra pero no aporta un solo indicio de que estuviera detrás de las denuncias formuladas por terceros.

4. Interrelación de los mercados:

Los mercados de extracción de potasa y de la sal están interrelacionados, pues la sal se extrae de la potasa.

La recurrente incurre en contradicciones ya que afirma la falta de justificación de la reacción que atribuye a Afasal por estar su actividad relacionada con el mercado de la sal y por otra parte afirma que la reacción de Afasal se produce en el momento en que la recurrente anunció su intención de intervenir en el mercado de la sal.

QUINTO: La representación procesal de la codemandada Afasal, se opuso a la demanda con los argumentos que se sintetizan a continuación:

1. El recurso se basa en hechos falsos.



-Niega haber que denuncia de Afasal sea una reacción a la de la recurrente ya que ésta se había previsto con antelación en reunión convocada al efecto.

-Niega la existencia de relación comercial entre Afasal y la recurrente, así como su capacidad de influir en los asociados

-Nunca se planteó en la asamblea de Afasal, expulsar a la recurrente e incluso se votó en contra de la iniciativa de algún asociado contra la recurrente.

-Afasal no ha organizado campaña alguna contra la recurrente y fue gracias a las publicaciones en prensa como tuvo conocimiento de los hechos.

2. La CNMC calificó los hechos correctamente.

a) No hubo ningún tipo de boicot a la recurrente:

-No se adoptó por Afasal ninguna medida de exclusión, ni existió acuerdo bilateral alguno tendente a dese fin.

b) No hubo abuso de vías judiciales y administrativas:

-Afasal no ha emprendido acción judicial alguna y se ha limitado a denunciar un comportamiento de conducta desleal ante la CNC para constatar lo publicado en medios de comunicación.

-Subraya que el Tribunal Supremo anuló la autorización ambiental de la mina de Sallent-Balsareny, que la Comisión Europea ha iniciado un procedimiento de infracción y que las actividades autonómicas no realizaron controles iniciales de la actividad de la recurrente.

-Destaca que las minas cuyas escombreras Salinas de Navarra explota, cerraron en 1997 y que Afasal también presentó denuncia contra dicha empresa.

-Afirma que mediante el proyecto Phoenix, la recurrente, con Akzo Nobel, pretende adquirir una posición de dominio en el mercado de la producción y distribución de la sal en la Península Ibérica, gracias a comportamientos ilegítimos vinculados a infracciones de la legislación de medio ambiente. Invoca la STJUE de 14 de diciembre de 1996 asunto C-333/94 Tetra Laval, que avala la actuación preventiva contra el abuso de posición de dominio.

3. La CNMC ha investigado suficientemente los hechos denunciados por la recurrente:

a) La resolución está motivada y remite a su lectura.

b) La valoración de los indicios no fue errónea:

-respecto del boicot: no podía investigarse un boicot inexistente por falta de acuerdo bilateral.

-si se hubiera investigado la denuncia de Afasal por infracción de la Ley de competencia desleal, se hubiera comprobado que la recurrente abusó del procedimiento administrativo.

c) La valoración realizada por la CNMC de la denuncia de Afasal, sí fue errónea, por lo que solicita que se ha mención en la sentencia a esta circunstancia.

SEXTO: Practicada la prueba declarada pertinente, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes.

SÉPTIMO: Señalado el día 8 de febrero de 2017 para la deliberación, votación y fallo ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

OCTAVO: Aparecen observadas las formalidades de tramitación, que son las del procedimiento ordinario.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: La cuestión que se plantea en el presente proceso es la relativa a determinar el ajuste legal de la resolución de fecha 25 de septiembre de 2014, por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), por la que se adoptó la siguiente decisión:

"Con amparo en el Artículo 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), no incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones reservadas seguidas con el número S/0442/12 Productores de Sal, por considerar que no hay indicios de infracción de la mencionada Ley".

SEGUNDO: La primera cuestión que debe analizarse es la relativa a la falta de legitimación activa de la recurrente planteada por la codemandada "Unión Salinera".



La codemandada señala, con razón, que una eventual resolución judicial favorable a la recurrente no podría obligar a la CNMC a incoar un expediente sancionador, de lo que deduce que ésta carecería de legitimación para interponer el recurso, conclusión que, sin embargo, no compartimos y ello por dos razones.

En primer lugar puede afirmarse que constituye un elemento inherente al ejercicio de la actividad administrativa, la competencia, del titular de una misión de servicio público, de adoptar todas las medidas de organización necesarias para el cumplimiento de la misión que le haya sido confiada, incluida la definición de prioridades, en el marco establecido por la ley, cuando tales prioridades no han sido definidas por el legislador. Un ejemplo de este planteamiento lo constituye el artículo 5 de la LDC, que expresamente excluye de las prohibiciones anticompetitivas determinadas infracciones contra la libre competencia, por su menor importancia y escaso perjuicio al mercado, lo que implica que aun constanding indicios de la infracción, no será necesario incoar procedimiento sancionador alguno si concurren las razones expuestas.

En segundo lugar, cuando no existe indicio alguno de la comisión de una infracción, no puede obligarse a la CNMC a incoar un expediente sancionador tal y como señala el artículo 49.3 de la LDC, afirmación que no necesita mayor justificación.

Sin perjuicio de lo expuesto hasta el momento, dicho razonamiento debe matizarse inmediatamente, pues ello no significa que la CNMC pueda disponer de sus facultades discrecionales de investigación y sanción de ilícitos sin control de tipo alguno.

La CNMC está obligada a examinar atentamente los elementos de hecho y de derecho puestos en su conocimiento por la parte denunciante, con el fin de determinar si dichos elementos revelan una conducta que pueda falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y afectar al comercio entre Estados miembros.

Por ello, si la CNMC adopta una decisión de archivar la denuncia, sin llevar a cabo investigación alguna, el control de legalidad que debe efectuar este Tribunal tiene la finalidad de comprobar que la decisión controvertida no está basada en hechos materialmente inexactos, no está viciada de ningún error de derecho, ni tampoco de ningún error manifiesto de apreciación ni de desviación de poder.

Este planteamiento se recoge literalmente en la STPI de 18 de septiembre de 1992 asunto T-24/90 Automec, apartados 79 y 80, dictada a los efectos del procedimiento ante los Tribunales de la Unión Europea, es transmutable con algún matiz al nivel interno español.

En efecto, tanto la discrecionalidad de actuar de la CNMC como el control de la misma en los términos expuestos, se coheren con la garantía del principio de efectividad del Derecho de la Unión, en este caso el artículo 101 TFUE y se corresponden con los pronunciamientos jurisprudenciales internos, como la STS de 19 de octubre de 2015, recurso de casación nº 1041/13, que expresamente señala: "no puede negarse, a priori, que el denunciante de una conducta contraria a la defensa de la competencia ostente legitimación para impugnar en sede contencioso-administrativo la resolución administrativa que acuerde el archivo del procedimiento por no apreciar indicios de infracción, siempre que se aprecie en aquel un interés legítimo en que se investiguen los hechos denunciados y eventualmente se aprecie la existencia de una infracción y la imposición de una sanción que puede reportarle un efecto positivo en su esfera jurídica o puede eliminar una carga o gravamen que sobre él pese. Ventaja que no necesariamente ha de vincularse con la posibilidad de obtener una reparación por los daños y perjuicios causados por la conducta denunciada, sino que puede traducirse en la adopción de diversas medidas correctoras en defensa de la competencia, como las destinadas a acordar el cese de la conducta infractora que le perjudica".

En el presente caso, debe reconocerse pues la legitimación para actuar a la recurrente, que ha presentado una denuncia ante la autoridad de competencia, solicita el cese de la conducta que estima anticompetitiva y estima que la CNMC no ha procedido a un examen suficiente de los hechos puestos en su conocimiento. Resulta paradójica pues, la posición de la codemandada, que de forma implícita, admite la legitimación de la recurrente, cuando señala que la resolución de la CNMC sólo puede ser controlada en caso de poder ser calificada de arbitraria.

Ahora bien, esta legitimación, por las razones expuestas, no se alcanza a la posibilidad de ordenar a la CNMC la incoación de un expediente sancionador, primera petición de la recurrente, sino a la más modesta de ordenar a la CNMC que, en su caso, proceda a profundizar en las investigaciones realizadas.

Alega también la codemandada que la recurrente carece de legitimación porque en el momento de interponer el recurso ya había cesado la conducta que fue objeto de denuncia, afirmación que se contradice con la realidad, pues la propia naturaleza de los actos imputados determina que la conducta sea permanente y con vocación de futuro, siendo necesario, bien una expresa manifestación de los denunciantes en tal sentido, o bien el transcurso de un lapso de tiempo considerable y el cambio radical de las circunstancias fácticas



concurrentes para estimar que, efectivamente, la campaña de desprestigio denunciada y el ejercicio abusivo de acciones judiciales y administrativas, pertenecen a un pasado que no guarda conexión con la realidad objeto de enjuiciamiento, extremos que no se deducen de lo actuado.

Una vez resuelta la cuestión de la legitimación y señalado el ámbito y margen de actuación de la CNMC y de esta jurisdicción, procede entrar en el examen de las concretas denuncias formuladas por la recurrente a los efectos de valorar la racionalidad de la decisión impugnada.

TERCERO: En primer lugar señala la recurrente que se procedió de forma indebida a la acumulación de las dos denuncias presentadas.

Esta cuestión tiene escaso recorrido porque, si bien es cierto que ambas denuncias versaban sobre cuestiones diferentes, una sobre eventual infracción del artículo 102 TFUE y otra sobre una hipotética infracción de la Ley de Competencia Desleal con afectación del interés general, y, además, eran distintos los mercados afectados, explotación de potasa en un caso y producción de sal en otro, la realidad es que existe una clara interconexión entre ambas, que permite la opción ejercitada por la CNMC de tratarlas conjuntamente.

Esta interconexión se manifiesta en el hecho de que los mercados afectados son complementarios en la medida en que la sal se extrae de la potasa y, por otra parte en que las conductas denunciadas giran, por lo esencial, sobre hechos coincidentes analizados desde una perspectiva jurídica distinta. En definitiva, se cuestiona la legitimidad de la actuación de la recurrente desde el punto de vista de medio ambiental como presupuesto para, según su demanda, ser excluida del mercado.

Finalmente, debe precisarse que la CNMC delimitó ambas denuncias y las trató, cierto que en la misma resolución, pero de forma autónoma y separada, por lo que ninguna confusión es posible por dicha causa.

CUARTO: La segunda cuestión que se plantea es la relativa a un supuesto boicot que la recurrente atribuye a las denunciadas. Esta queja, que se formuló de manera nítida en la denuncia ante la autoridad de competencia, no se reprodujo con claridad en la demanda, pero en todo caso, dada la constante referencia de la recurrente a la resolución recurrida y al voto particular, procedemos a su examen.

Tal y como señalan la defensa del Estado y las codemandadas, la calificación de una conducta como boicot exige como presupuesto previo la existencia de un acuerdo de voluntades bilateral o multilateral destinado a excluir del mercado a un competidor. La recurrente estima que dicho boicot se produjo en el seno de Afasal.

La denuncia de la recurrente se refiere a esta cuestión, pero no aporta el menor indicio que permita a la CNMC realizar una investigación al respecto.

La CNMC, sobre la base de las declaraciones de la recurrente, solicitó las actas de las reuniones de Afasal de los años 2011 y 2012 y las circulares enviadas a los asociados durante ese período.

Ninguno de dichos documentos presenta indicios de la existencia de un boicot y la recurrente no ha podido señalar un concreto documento que permitiera vislumbrar lo contrario. Es más, cabe destacar que el acta de 18 de octubre de 2011, refleja que la empresa Jumsal, asociada a Afasal, sugirió elevar una consulta al ministerio de Sanidad para que se pronunciase sobre la idoneidad de las sales derivadas de la potasa para su destino al uso alimentario y dicha iniciativa fue rechazada por la asamblea de Afasal. Por otra parte, en la reunión de 5 de noviembre de 2012, consta que se procedió al encargo de un informe jurídico sobre el impacto medioambiental de actuaciones de la recurrente, conducta plenamente ajustada a las funciones de Afasal.

En definitiva, ninguno de los documentos recabados por la CNMC, que de esta forma mostró diligencia investigadora, mostró el más mínimo indicio respecto de la existencia de un eventual boicot a la recurrente en el seno de Afasal, más bien lo contrario, si atendemos al acta de 18 de octubre de 2011 mencionada.

La recurrente se refirió en la denuncia a la existencia de presiones de la parte de la recurrente con el intento de llegar a un reparto de mercado con la recurrente, cuestión que no desarrolla con argumentos precisos en la demanda y respecto de la cual debemos decir que nos parece totalmente convincente la valoración que la CNMC realizó de los correos a los que se refirió la denunciante. Reflejan puros intercambios de pareceres entre competidores sobre cuestiones puntuales, como la conveniencia de la elevación de la consulta referida al Ministerio de Sanidad y ninguna relación guardan con la conducta denunciada.

En estas circunstancias, debemos desestimar este motivo de recurso y concluir que la CNMC desarrolló una actividad de investigación suficiente.

Debe precisarse, que esa es la razón de la desestimación de este motivo de recurso y no la falta de prueba por parte de la recurrente de los hechos denunciados, ya que, efectivamente, en este contexto la recurrente no está obligada a probar sus alegaciones, sino a presentar simples indicios que avalen una investigación por la CNMC.



Presentados los indicios, la actividad investigadora desplegada muestra con claridad, que no es verosímil la tesis de la recurrente.

QUINTO: La tercera cuestión que plantea la recurrente es la relativa a la existencia de un ejercicio abusivo por parte de las codemandadas de acciones administrativas y judiciales, exclusivamente dirigidas a excluirla del mercado.

Estamos de acuerdo con el planteamiento de la recurrente cuando cita como parámetro de enjuiciamiento los criterios establecidos por la jurisprudencia del TJUE (sentencia del TPI de 17 de julio de 1998, asunto T-111/96), para calificar una conducta de abusiva en dicho sentido. No obstante, debe precisarse que dichos criterios no son expresamente asumidos por el TPI, sin perjuicio de aceptar la propuesta de la Comisión ante la falta de acreditación por la recurrente que dichos criterios vulneran el Tratado (ver apartados 57 y 58 de la sentencia).

En todo caso, dichos criterios son "en primer lugar, que no pueda considerarse razonablemente que la acción judicial tiene por objeto hacer valer los derechos de la empresa de que se trate y que, por tanto, dicha acción sólo pueda servir para hostigar a la parte contraria y, en segundo lugar, que esté concebida en el marco de un plan que tenga como fin suprimir la competencia".

Pues bien, ninguno de dichos criterios concurre en este caso, pues no existe el más mínimo indicio que permita a la CNMC investigar la existencia de una conducta concertada en el seno de Afasal al respecto.

Las denuncias y acciones judiciales ejercitadas, que se relacionan en los antecedentes de esta resolución, las han protagonizado personas físicas, partidos políticos, asociaciones ecologistas y simples particulares sin vínculo, ni siquiera aparente, con Afasal.

Por otra parte, debe observarse como se refiere en los Antecedentes de esta resolución, que algunas de estas denuncias han sido plenamente acogidas por sentencia firme del Tribunal Supremo o bien por el inicio de procedimientos de infracción por la Comisión Europea, lo que evidencia el carácter razonable de la denuncia.

Lo mismo cabe decir respecto de lo que la recurrente llama campaña de desprestigio contra la misma orquestada en distintos medios informativos, respecto de las cuales el único vínculo que puede establecerse con Afasal es que dicha asociación las recopiló, actuación propia, por otra parte, de su objeto social.

Nuevamente insistimos en la idea de que la recurrente no debe aportar pruebas de sus afirmaciones, pero sí indicios, en este caso de las relaciones entre los denunciantes y Afasal, que permitan a la CNMC proceder a la adopción de medidas de investigación y, eso, no se ha hecho por lo que nada puede reprocharse a la CNMC por no haber proseguido la investigación ante la aportación por la recurrente de dossieres de prensa y testimonio de denuncias.

SEXTO: Finalmente debe hacerse una observación respecto de la petición de la codemandada, en el sentido de que se incorpore en la sentencia una mención a la insuficiente investigación realizada por la CNMC respecto de la denuncia que formuló contra la recurrente.

A este respecto sólo cabe decir que la posición de codemandado se limita a sostener el acto recurrido, sin que quien se encuentra en dicha posición procesal pueda pretender, ni la modificación del fallo, ni tampoco de los razonamientos jurídicos de la resolución impugnada. Si la codemandada consideraba que la resolución ni se ajustaba a derecho, debió impugnarla como recurrente en un procedimiento autónomo.

SÉPTIMO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA procede imponer las costas a la recurrente, parte vencida en este proceso, sin que se aprecien por la Sala la existencia de serias dudas que justifiquen un especial pronunciamiento sobre esta materia.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente

FALLO

Desestimamos el recurso interpuesto y en consecuencia confirmamos el acto impugnado. Se imponen las costas a la parte recurrente.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y contra la que cabe recurso de casación que deberá 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 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 14/02/2017 doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ