



Roj: **SAN 579/2024 - ECLI:ES:AN:2024:579**

Id Cendoj: **28079230062024100055**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **13/02/2024**

Nº de Recurso: **2300/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0002300 /2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 14300/2019

Demandante: CELEGA, S.L

Procurador: D, ARGIMIRO VÁZQUEZ GUILLÉN

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Codemandado: UNIONS AGRARIA UPA , SAN ANTON SAT , OSSAT

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

S E N T E N C I A N^o :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a trece de febrero de dos mil veinticuatro.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. **2300/2019** promovido por el Procurador D, Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de **CELEGA, S.L** contra la resolución de 11 de Julio de 2019 dictada por la Sala de Competencia del Consejo de Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en el expediente NUM000 INDUSTRIAS LÁCTEAS 2. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado. Se han personado como interesados UNIONS AGRARIAS-UPA , representada por la procuradora Doña Silvia Vázquez Senín , O Seixo, Sociedad Agraria de Transformación ("OSSAT") , representada por el procurador D. Ignacio Tartón Ramírez y SOCIEDAD AGRARIA DE TRANSFORMACIÓN NÚMERO 6.343 DENOMINADA GANADERA SAN ANTÓN (EN LIQUIDACIÓN), representada por la procuradora D^a María José Bueno Ramírez.

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 por la que la que. o, dicte sentencia por la que se declare nulo y no acorde a derecho o, subsidiariamente, anule la Resolución de 11 de julio de 2019, la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en el expediente NUM000 INDUSTRIAS LÁCTEAS 2, por la que se declara a CELEGA, S.L responsable de la comisión de una infracción, de Defensa de la Competencia, imponiéndole una multa de 53.310 Euros todo ello con imposición de costas a la administración demandada y a las codemandadas.

SEGUNDO. - El Abogado del Estado y las demás partes personadas contestaron a la demanda mediante escritos en los que suplicaban a se dictase sentencia por la que se confirmen los actos recurridos en todos sus extremos.

TERCERO. -Habiéndose acordado el recibimiento del recurso a prueba con el resultado obrante en autos, se confirió traslado a las partes para la presentación de conclusiones escritas, verificado lo cual, quedaron las actuaciones conclusas para deliberación, votación y fallo, a cuyo efecto se señaló el día 22 de noviembre de 2023, fecha en la que ha tenido lugar.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Dña. Jesús Vegas Torres, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - A través de este proceso la entidad actora impugna la resolución de 11 de Julio de 2019 dictada por la Sala de Competencia del Consejo de Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en el expediente NUM000 INDUSTRIAS LÁCTEAS, por la que sanciona a la recurrente, por su participación en un cartel configurado como una infracción única y continuada, consistente en una infracción única y continuada que englobaría prácticas de intercambio de información comercial sensible, que podrían haberse materializado en determinados momentos, en acuerdos de fijación de precios, reparto de mercado y control de excedentes.

La parte dispositiva de dicha resolución era del siguiente tenor literal:

"Primero. Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989 , del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 1 del TFUE .

Segundo. De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el apartado 4.7 de los fundamentos de derecho de la presente resolución, se acuerda declarar responsables de las citadas infracciones a las siguientes empresas:

(...)

2- . CENTRAL LECHERA DE GALICIA (CELEGA, S.L.)

(...)

Tercero. Imponer a las autoras responsables de las conductas infractoras las siguientes multas:

(...)

2. CENTRAL LECHERA DE GALICIA (CELEGA, S.L.): 53.310 euros9. ASOCIACIÓN DE EMPRESAS LÁCTEAS DE GALICIA: 60.000 euro

Cuarto (...)

Quinto. (...)

Sexto. (...)

Séptimo. - Instar a la dirección de competencia de esta comisión nacional de los mercados y la competencia para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta resolución"

SEGUNDO. - En cuanto a los hechos determinantes del acuerdo sancionador, la resolución recurrida, cuando aborda la cuestión relativa a las partes intervinientes, describe a la ahora recurrente en los siguientes términos:

"4. CELEGA, S.L.

CELEGA tiene más de 10 años de experiencia en el sector lácteo y está especializada en la confección de quesos.

Tiene su domicilio social en Escarón, Lugo".

A continuación, se analiza la normativa de la Unión Europea, nacional y autonómica sobre el sector lácteo y el mercado de producto y geográfico, recogiendo que el mercado de producto es el de aprovisionamiento de leche cruda de vaca, entendida como tal aquella leche que no haya sido calentada a más de 40° C ni sometida a un tratamiento de efecto equivalente, precisando que el expediente se centra en la relación entre el eslabón de la producción y el de la industria transformadora, dejando al margen la distribución final (venta al público a través de plataformas, almacenes intermedios, transporte a tienda y/o establecimiento HORECA23). En cuanto al alcance geográfico se refiere que el mercado de producto considerado es de ámbito nacional, si bien existen algunas diferencias regionales por áreas de producción y teniendo en cuenta la dimensión del mercado de aprovisionamiento de leche cruda de vaca afectado por las prácticas anticompetitiva, y el impacto en su estructura así como la posición y los ingresos de las empresas investigadas en la comercialización de productos lácteos, entiende la resolución recurrida que las prácticas analizadas han supuesto también una infracción del artículo 101 del TFUE.

Dicho lo anterior se examina a estructura del mercado de leche de vaca que está conformado, con carácter general, por los siguientes operadores:

Productor: La persona física o jurídica o grupo de personas físicas o jurídicas, independientemente del régimen jurídico, que ejerza su actividad en la producción ganadera y que sea titular de una explotación ganadera dedicada a la producción láctea destinada a la venta.

Comprador: Para poder comprar leche a los productores y operar en el territorio de un estado miembro, los compradores deberán estar autorizados por dicho estado miembro. En este sentido se distingue entre:

- Comprador comercializador: Es el comprador autorizado que compra leche únicamente a productores para su posterior venta exclusivamente a compradores transformadores, operadores logísticos y a industriales y que solo puede realizar meras operaciones de almacenamiento, transporte y refrigeración de la leche.
- Comprador transformador: Es el comprador autorizado a comprar leche a productores y a compradores comercializadores o, en su caso, a otros compradores transformadores o industriales para destinarla fundamentalmente (al menos en un 50%) a su tratamiento o para transformarla, ya sea por métodos industriales o artesanales, en otros productos lácteos. No se consideran tratamiento y transformación las meras operaciones de almacenamiento, transporte y refrigeración.
- Comprador transformador artesano: Es el comprador transformador, de acuerdo con la definición establecida en el párrafo anterior, que en cada período adquiere leche como máximo a 10 productores, por una cantidad total no superior a 600.000 kg., incluida la adquirida a otros sujetos distintos de productores.
- Operador logístico: Es el comprador autorizado que compra leche a productores y compradores comercializadores, para su venta exclusivamente a los industriales que pertenecen a su mismo grupo o grupos de sociedades.
- Industriales: Son las personas físicas o jurídicas que compran leche a compradores comercializadores o, en su caso, a compradores transformadores para tratarla o transformarla industrialmente en productos lácteos o en otros productos. No se consideran tratamiento ni transformación industrial de la leche las meras operaciones de almacenamiento, transporte y refrigeración. Los industriales podrán vender leche a compradores transformadores o a otros industriales, siempre que dichas ventas no constituyan su actividad principal (al menos en un 50%).
- Cooperativas de segundo grado: Son entidades reconocidas para poder adquirir leche de cooperativas de primer grado con autorización de comprador comercializador siempre que estén en ellas integradas.
- Operador: Son las personas físicas o jurídicas autorizadas en el régimen de la tasa láctea para:
 - Comprar fuera del territorio peninsular español y las Illes Balears leche y productos lácteos para venderlos a compradores transformadores e Industriales.
 - Comprar leche y productos lácteos a compradores autorizados e industriales para su venta fuera del territorio peninsular español y las Illes Balears.
 - Comprar y vender productos lácteos a Compradores transformadores e Industriales.

Destaca la resolución recurrida que, en representación del sector transformador, existen asociaciones de empresas lácteas como la Asociación de Empresas Lácteas de Galicia (AELGA) o el Gremio de Industrias Lácteas (GIL) en Cataluña. A nivel nacional existe una Federación Nacional de Industrias Lácteas (FeNIL), a la que se encuentran asociadas unas 60 empresas lácteas.

Se añade que por parte del sector productor, destaca la Organización de Productores de Leche (OPL) y que también está representado por la Asociación Agraria de Jóvenes Agricultores (ASAJA), la Coordinadora de Organizaciones de Agricultores (COAG) o la Unión de Pequeños Agricultores y Ganaderos (UPA) así como que la Organización Interprofesional Láctea (INLAC), es el instrumento de diálogo y decisión donde las organizaciones profesionales representativas de los sectores productor y transformador abordan los problemas del sector lácteo español, emitiendo recomendaciones y adoptando decisiones vinculantes para su mejor regulación interna. INLAC cuenta entre sus miembros con representantes de la rama productora y de la rama industrial.

Expone que el sistema de cuota láctea desapareció en el año 2015, pero en el periodo analizado por ella, el sector estaba condicionado por este sistema de asignación de cuotas. A España se le asignó una cuota láctea permitida a nivel nacional de 6,36 millones de toneladas en 2011/2012. Esta cuota nacional se dividía en cuotas individuales, es decir, las cuotas de un productor a 1 de abril y para un periodo de 12 meses.

Que las cuotas individuales a su vez se podían subdividir en una cuota para entrega a compradores autorizados y otra cuota para venta directa. Las cuotas individuales se podían transferir vinculándolas a la explotación, vender entre productores, ceder temporalmente a otros productores o producir trasvases de cuotas, es decir, trasvases dentro de la cuota individual total de las cantidades para entrega a compradores y para la venta directa.

Que, además, salvo casos excepcionales, si un productor durante dos periodos consecutivos no utilizaba al menos un 85% de su cuota en cada uno de ellos, perdía definitivamente el porcentaje de cuota no utilizado en los dos periodos, que se añadía a la reserva nacional.

Que en la reserva nacional se integraban las cuotas que no eran objeto o dejaban de ser objeto de una asignación individual y, en particular, las procedentes de la retirada de cuotas a los productores, las cuotas procedentes de los programas de abandono de la producción láctea a cambio de una indemnización, las procedentes de renunciaciones, las recuperadas en transferencias de cuota entre productores y las procedentes de posibles incrementos concedidos a España por la Unión Europea.

Que los productores podían adquirir cuota o ser beneficiarios de cesiones gratuitas de cuota procedente de la reserva nacional bajo determinadas condiciones. Para ello, dentro de la reserva nacional, el denominado Fondo nacional coordinado de cuotas lácteas se nutría del 80% de la cuota liberada a través de los programas nacionales de abandono realizados en el periodo anterior.

Que el 50 por ciento de la cuota del fondo se asignaba a los productores que así lo solicitaban, previo pago de una cantidad igual al importe medio de la indemnización pagada por el Estado por cada kilogramo de cuota abandonada en el programa de abandono nacional del periodo anterior.

Que el 50% restante era asignado a los productores que hubiesen adquirido cuotas del Fondo, como asignación complementaria.

Que la cantidad total de cuota que en cada periodo se destinaba al Fondo se distribuía entre las distintas comunidades autónomas, a los únicos efectos de asignación individual a productores conforme a los criterios básicos establecidos.

Que sobre la cuota individual se calculaba la tasa por excedentes o tasa láctea, en caso de rebasamiento de la cuota asignada. La tasa láctea también podía imponerse cuando no se detallaba el origen ni destino por parte de los operadores, cuando no se declaraba leche o se realizaba de forma inexacta, o cuando se comercializaba leche sin autorización.

Que los productores solamente podían comercializar su leche mediante entregas a compradores autorizados, pudiendo entregar simultáneamente a varios compradores autorizados. Si deseaban cambiar de comprador autorizado en cualquier momento del periodo de tasa láctea, lo podían hacer siempre que lo comunicasen a la autoridad competente.

Que los productores debían informar a los comercializadores sobre la cantidad de cuota individual de la que disponían en ese momento y si entregaban a varios comercializadores, debían informar a cada uno de ellos, cada mes, de las cantidades entregadas a los demás en los meses anteriores del periodo.

Que independientemente de esto, el Fondo Español de Garantía Agraria (FEGA) ponía a disposición de los compradores autorizados el acceso a la información consolidada de las entregas conjuntas realizadas en el periodo por los productores a los que compran, a través del Sistema de información de la tasa láctea (SITALAC). Al final de cada periodo, el FEGA determinaba la contribución de cada productor al pago de la tasa que correspondía tras haber reasignado la parte no utilizada de la cantidad de referencia nacional asignada a

las entregas, entre los productores que habían rebasado su cantidad de referencia individual, en primer lugar, por comprador, y seguidamente, a escala nacional.

En cuanto a la gestión y recaudación de la tasa láctea, que se realiza a través de la retención por parte de los productores. Las retenciones practicadas debían figurar expresamente en las facturas correspondientes a las entregas del mes al que se aplicasen, detrayéndose del montante final que debía percibir el productor, expresándose con el detalle de los kilogramos sobrepasados y del importe unitario aplicable a cada uno de ellos.

Que a su vez, los compradores autorizados abonaban al FEAGA, y declaraban a la autoridad competente de la comunidad autónoma que les habían otorgado la autorización, el importe de las retenciones practicadas dentro de los 20 primeros días naturales del mes siguiente al que correspondían. Adscrita al FEAGA se creó la Mesa de coordinación del régimen de tasa.

Dicho lo anterior se abordan los hechos, consignándose que varias autoridades autonómicas de competencia (concretamente de Galicia, Cataluña y Castilla León) han denunciado la existencia de posibles comportamientos anticompetitivos en el mercado de leche cruda, consistiendo principalmente en:

- El reparto del mercado de compra y recogida de leche cruda entre las empresas transformadoras, que se materializa en las dificultades de los ganaderos para cambiar de comprador.
- La estrategia de acuerdos de precios de compra de leche cruda de las empresas transformadoras, instrumentada principalmente en el liderazgo de precios.
- Estrategias coordinadas relacionadas con la recogida de la leche como medida de presión al ganadero, con el fin de reducir la cantidad de leche cruda comprada a los ganaderos, lo que puede desembocar en la pérdida de la cuota láctea para el ganadero.

Tras ello se recogen los hechos acreditados sobre acuerdos e intercambios de información estratégica entre las principales empresas que operan en el sector y, en concreto, contactos directos bilaterales y multilaterales sobre precios y otras condiciones comerciales; contactos sobre precios y otras condiciones comerciales por parte de las empresas que conforman el denominado grupo G-4/G-5 y contactos sobre precios y otras condiciones comerciales a través de las asociaciones GIL y AELGA, así como contactos sobre ganaderos y sobre excedentes de leche y concluye que ha quedado acreditada una infracción única y continuada infracción única y continuada prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989 y de la Ley 15/2007, así como por el artículo 101 del TFUE, consistente en prácticas de intercambio de información comercial sensible que en algunos casos se han materializado en acuerdos de fijación de precios, reparto de mercado y control de excedentes, que abarca desde 2000 hasta 2013 en la que existen múltiples acuerdos diferenciados con distinta duración, pero que persiguen un plan conjunto y un objetivo común.

Por lo que se refiere a la participación del aquí recurrente, recoge lo siguiente:

"2. CENTRAL LECHERA DE GALICIA (CELEGA, S.L.) Consta acreditada su participación en el intercambio de información entre las industrias lácteas sobre ganaderos, en el año 2013 (folios 9.490 a 9.494)"

TERCERO. - En su escrito de formalización de la demanda, la parte recurrente expone que es un comprador transformador y que es la única empresa de las incluidas en la resolución que no es una industria láctea

Explica que el día 24 de agosto de 2004, un grupo de trabajadores del sector lácteo adquiere a Distribución Lácteo-Ganadera, S.A la empresa CELEGA, S.L con sus activos. Que se trataba de una vieja quesería en funcionamiento en Escarón-Saviñao (Lugo), entre Chantada y Monforte de LEMOS. Que desde aquella fecha y como comprador transformador operó en el mercado comprando leche cruda que transforma en principio haciendo quesos y vendiendo la leche sobrante a industrias lácteas. Que, en 2007, Senoble, ahora SCHREIBER que es interproveedor de Mercadona y fabricante de los yogures y batidos de la marca de distribución (marca blanca) de esta cadena suscribe un contrato de compra de leche. En 2010 abandona la fabricación de quesos, convirtiéndose Senoble en su principal cliente con un setenta por ciento aproximado, porcentaje que varía según los meses y épocas. Por tanto, CELEGA, S.L no es una industria, no opera al mismo nivel que las industrias, sino en un nivel previo, al igual que los primeros compradores (compradores comercializadores), vende la leche que compra a la industria. En su caso, mayoritaria, preferentemente y casi en exclusiva a Senoble, ahora SCHREIBER.

Continúa explicando que CELEGA, S.L es un comprador transformador que sólo compra leche en Galicia, básicamente en tres comarcas de la provincia de Lugo (Chantada, Lugo y Terra de Lemos) y una de A Coruña (Ordes). Que las industrias incluidas en el expediente operan en todo el territorio nacional. Que únicamente en una sola ocasión, CELEGA, S.L con el afán de cumplir los compromisos de volumen contratados con Senoble, ahora SCHREIBER, compra leche fuera de Galicia, para vender esa industria. Que fue en abril de 2011 (en aquella

época todos los contratos se adaptaban al periodo 1 de abril al 31 de Marzo del año siguiente, de acuerdo con la normativa reguladora de la tasa láctea. Que compró leche una serie de ganaderos de Peralta (Navarra), que antes habían pertenecido a la Sociedad Agraria de San Antón SAT, que fue primer comprador o comprador del primer nivel (como Celega, SL) y que había dejado de serlo puesto que sus ganaderos tenían poca cuota de leche, en relación a la producción que tenía por lo que se había visto involucrada en el fraude de la leche negra o fuera de cuota. Que en un determinado momento, esos ganaderos y el que había sido gerente o presidente de la SAT, el Sr. Aurelio consideran que pueden y deben negociar la leche directamente con SCHREIBER, prescindiendo de su relación contractual con CELEGA, S.L. Que la Sociedad Agraria de Transformación nº 6343 Ganadera San Antón, NUNCA fue proveedora de leche cruda de Celega, S.L. porque ni era productora, ni era compradora autorizada de leche. Que algunos ganaderos, socios al parecer de la citada sociedad agraria de transformación, fueron proveedores, a título individual, de leche cruda para CELEGA empresa desde el 1 marzo de 2011. Que con fecha 20 de febrero de 2014, mediante acta notarial y no respetando siquiera el plazo contractual (obra contrato en el expediente) de preaviso, don Aurelio, intermediario de los ganaderos de Peralta, remite las comunicaciones individuales de bajas/ extinción del contrato.

Insiste en que CELEGA, S.L. ni opera en el mismo segmento de la estructura del mercado, que no es una industria, ni tiene el mismo ámbito de actuación geográfico y que los hechos que se le imputan, se circunscriben, de acuerdo con la resolución impugnada, únicamente al último trimestre de 2013 y que la inclusión de CELEGA, S.L. en una supuesta actuación única y continuada, resulta completamente errónea.

Dicho lo anterior, opone frente a la resolución sancionadora opone los siguientes motivos de impugnación:

1- Nulidad de la resolución por vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Ausencia total de prueba que acredite la imputación formulada contra CELEGA, S.L.

2- Inexistencia de una infracción única y continuada.

3- Infracción de los artículos 131 de LPA y 6 de la Carta, en relación al artículo 64.1 de la LDC. - Vulneración del principio de proporcionalidad y falta motivación del cálculo de la cuantía.

CUARTO. - El Abogado del Estado se opone al recurso e interesa su desestimación.

Por su parte, las representaciones procesales de UNIONS AGRARIAS-UPA, O Seixo, Sociedad Agraria de Transformación ("OSSAT"), y SOCIEDAD AGRARIA DE TRANSFORMACIÓN NÚMERO 6.343 DENOMINADA GANADERA SAN ANTÓN (EN LIQUIDACIÓN), se han opuesto a la demanda suplicando la desestimación del recurso contencioso administrativo.

QUINTO. - Expuestos, en apretada síntesis, los términos del debate, examinaremos los motivos de impugnación articulados por la recurrente.

Pues bien, como decíamos en sentencia de 9 de junio de 2016, recaída en el recurso 551/13, respecto de la prueba de las infracciones en materia de competencia:

"En este tipo de actuaciones es difícil encontrarse con la existencia de pruebas directas que permitan acreditar la participación en las conductas infractoras; lo normal es que sea a través de indicios. Pues bien, la prueba de indicios está ampliamente aceptada por la jurisprudencia constitucional desde la SSTC 174 y 175/1985, y resulta práctica habitual en materia de cárteles, siempre que los indicios resulten probados de forma directa, tengan fuerza persuasiva, produzcan una convicción suficiente en el juzgador, se encuentren en directa relación con las consecuencias que se pretenden extraer de los mismos y no exista una explicación alternativa que permita desvirtuar las conclusiones a las que llega la Administración".

Consideraciones que ratificamos en la sentencia de 15 de julio de 2016, recurso número 293/2012 que, al tratar sobre la prueba de indicios, declara lo siguiente: "(...) es bien sabido que su utilización en el ámbito del derecho de la competencia ha sido admitida por el Tribunal Supremo en sentencias de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997 (RJ 1997/7421 y RJ 1997/8582), 26 de octubre de 1998 (RJ 1998/7741) y 28 de enero de 1999 (RJ 1999/274). Para que la prueba de presunciones sea capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, resulta necesario que los indicios se basen no en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados, y que entre los hechos base y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano. Pues bien, todos los elementos fácticos señalados - cita en documentos y comportamiento de la actora-, llevan a una sola conclusión posible, y es la participación de la recurrente en los hechos que se le imputan; sin que se haya ofrecido una explicación alternativa razonable, y sin que la Sala alcance a encontrar otra explicación distinta de la dada por la CNC a los hechos que nos ocupan".

Ya desde la sentencia de 6 de marzo de 2000, recurso núm. 373/93, el Tribunal Supremo viene declarando al referirse a la prueba de presunciones que "estas pruebas tienen una mayor operatividad en el campo de defensa de la competencia, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su

conducta restrictiva o prohibida, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o conciertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda."

Y en el ámbito europeo, podemos citar la sentencia de 27 de setiembre de 2006 del Tribunal General de la Unión Europea (TGUE), (asuntos acumulados T-44/02 OP, T-60/02 OP y T-61/02 OP), que, en cuanto a la prueba de presunciones en materia de Derecho de la Competencia, señala que *"Habida cuenta del carácter notorio de la prohibición de los acuerdos contrarios a la libre competencia, no puede exigirse a la Comisión que aporte documentos que justifiquen de manera explícita una toma de contacto entre los operadores afectados. En cualquier caso, los elementos fragmentarios y confusos de que pueda disponer la Comisión deberían poder completarse mediante deducciones que permitan la reconstitución de las circunstancias pertinentes. Por consiguiente, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia puede inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de otra explicación coherente, la prueba de una infracción a las normas sobre competencia (sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartados 55 a 57)".*

También el Tribunal General en la sentencia de 3 de marzo de 2011 Caso Siemens/Comisión, asunto T- 110/ 07 al referirse a la carga de la prueba declara lo siguiente:

"(46)... es necesario que la Comisión presente pruebas precisas y concordantes para demostrar la existencia de la infracción (sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión), apartado 44 supra, apartado 62), y para asentar la firme convicción de que las infracciones alegadas constituyen restricciones sensibles de la competencia a efectos del artículo 81 CE, apartado 1 (sentencia de 21 de enero de 1999, Riviera Auto Service y otros/Comisión, T-185/96, T-189/96 y T-190/96, Rec. p. II-93, apartado 47). (47) Sin embargo, debe señalarse que no todas las pruebas aportadas por la Comisión deben necesariamente responder a dichos criterios por lo que respecta a cada elemento de la infracción. Basta que la serie de indicios invocada por la institución, apreciada globalmente, responda a dicha exigencia (véase la sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión, apartado 44 supra, apartado 63, y la jurisprudencia citada).

(48) Además, habida cuenta del carácter notorio de la prohibición de los acuerdos contrarios a la libre competencia y de la clandestinidad en la que se ejecutan, por tanto, no puede exigirse a la Comisión que aporte documentos que justifiquen de manera explícita una toma de contacto entre los operadores afectados. En cualquier caso, los elementos fragmentarios y confusos de que pueda disponer la Comisión deberían poder completarse mediante deducciones que permitan la reconstitución de las circunstancias pertinentes. Por consiguiente, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia puede inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de otra explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia (sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión apartado 44 supra, apartados 64 y 65, y sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004 [TJCE 2004, 8], Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00, 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, apartados 55 a 57)."

Y podemos mencionar, en cuanto a la posición del Tribunal Supremo, la reflejada, entre otras, en sentencia de 19 de junio de 2015, recurso 649/13, que se pronuncia sobre el alcance de esta clase de prueba en los siguientes términos:

"Al respecto, cabe recordar que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, contenida en reiteradas sentencias (SSTC 174 /1985, 175/1985, 229/1988), y a la jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 18 de noviembre de 1996, 28 de enero de 1999, 6 de marzo de 2000) puede sentarse que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados-no puede tratarse de meras sospechas-y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, se ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el producto deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo. En la sentencia constitucional 172/2005, se afirma que por lo que se refiere en concreto al derecho a la presunción de inocencia este Tribunal ha declarado que la presunción de inocencia sólo se destruye cuando un Tribunal independiente, imparcial y establecido por la Ley declara la culpabilidad de una persona tras un proceso celebrado con todas las garantías (art. 6.1 y 2 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, al cual se aporte una suficiente prueba de cargo, de suerte que la presunción de inocencia es un principio esencial en materia de procedimiento que opera también en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora (SSTC 120/1994, de 25 de abril, F. 2; 45/1997, de 11 de marzo, F. 4, por todas). En la citada STC 120/1994 añadíamos que «entre las múltiples facetas de ese

concepto poliédrico en que consiste la presunción de inocencia hay una, procesal, que consiste en desplazar el onus probandi con otros efectos añadidos». En tal sentido ya hemos dicho - se continúa afirmando la mencionada Sentencia- que la presunción de inocencia comporta en el orden penal stricto sensu cuatro exigencias, de las cuales sólo dos, la primera y la última, son útiles aquí y ahora, con las necesarias adaptaciones mutatis mutandis por la distinta titularidad de la potestad sancionadora. Efectivamente, en ella la carga de probar los hechos constitutivos de cada infracción corresponde ineludiblemente a la Administración pública actuante, sin que sea exigible al inculpado una probatio diabólica de los hechos negativos. Por otra parte, la valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador, que éste ejerce libremente con la sola carga de razonar el resultado de dicha operación. En definitiva, la existencia de un acervo probatorio suficiente, cuyas piezas particulares han de ser obtenidas sin el deterioro de los derechos fundamentales del inculpado y de su libre valoración por el Juez, son las ideas básicas para salvaguardar esa presunción constitucional y están explícitas o latentes en la copiosa doctrina de este Tribunal al respecto (SSTC 120/1994, de 25 de abril, F. 2 ; 45/1997, de 11 de marzo , F. 4)".

SEXTO-. Di cho lo anterior, la recurrente ha sido sancionada por la comisión de una infracción única y continuada-consistente en la adopción de acuerdos de fijación de precios y otras condiciones comerciales y de reparto de proyectos de suministro de cables BT/MT desde al menos, desde 2002 hasta el año 2015, coincidiendo con las inspecciones realizadas por la CNMC.

A estos efectos debemos recordar la doctrina del Tribunal de Justicia Europeo, contenida en la Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 16 de junio de 2011, en el asunto T-211/08, Putters International NV, con cita de la sentencia de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Participazioni (C- 49/92, Rec. p. I-4125), apartado 82, sobre el concepto de infracción única y continuada en la que se afirmó que para acreditar la existencia de una infracción única y continuada, la Comisión debe probar, en particular, que la empresa intentó contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que tuvo conocimiento de los comportamientos materiales previstos o ejecutados por otras empresas en la consecución de los mismos objetivos o que pudo de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo (sentencia Comisión/Anic Participazioni, apartado 31 supra, apartado 87). Y añadió que las prácticas colusorias sólo pueden ser consideradas elementos constitutivos de un acuerdo único restrictivo de la competencia si se acredita que se inscriben en un plan global que persigue un objetivo común. Además, sólo si la empresa supo, o debería haber sabido, cuando participó en las prácticas colusorias que, al hacerlo, se integraba en el acuerdo único, su participación en las prácticas colusorias de que se trata puede constituir la expresión de su adhesión a dicho acuerdo (sentencia del Tribunal de 15 de marzo de 2000, Cimenteries CBR y otros/Comisión, T-25/95, T-26/95, T-30/95 a T-32/95, T-34/95 a T-39/95, T-42/95 a T-46/95, T-48/95, T- 50/95 a T-65/95, T-68/95 a T- 71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 y T-104/95, Rec. p. II-491, apartados 4027 y 4112).

En igual sentido, la sentencia del Tribunal General, en el asunto T-27/10, AC-Treuhand AG de 17 de mayo de 2013, afirma que *"también es importante precisar que el concepto de objetivo único no puede determinarse mediante una referencia general a la distorsión de la competencia en el mercado afectado por la infracción, puesto que el perjuicio para la competencia constituye, como objeto o efecto, un elemento consustancial a todo comportamiento incluido en el ámbito de aplicación del artículo 81 CE , apartado 1. Tal definición del concepto de objetivo único entrañaría el riesgo de privar al concepto de infracción única y continuada de una parte de su sentido, pues 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 (véase la 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)(apartado 240)".*

El apartado 241 de la misma Sentencia señala que *"en consecuencia, con objeto de calificar diversos comportamientos como infracción única y continuada, procede verificar si presentan un vínculo de complementariedad, en el sentido de que cada una de ellos está destinado a hacer frente a una o varias consecuencias del juego normal de la competencia, y contribuyen, mediante una interacción, a la realización del conjunto de los efectos contrarios a la competencia buscados por sus autores, en el marco de un plan global encaminado a un objetivo único. 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 (véase la sentencia Amann & Söhne y Cousin Filterie/Comisión, antes citada, apartado 92, y la jurisprudencia citada)".*

De esa jurisprudencia se deduce que deben concurrir tres requisitos para acreditar la participación en una infracción única y continuada, a saber, la existencia de un plan global que persigue un objetivo común, la contribución intencional de la empresa a ese plan y el hecho de que tenía conocimiento (demostrado o presunto) de los comportamientos infractores de los demás participantes.

Además, no solo se ha de probar la existencia del cartel sino también su duración, STJUE de 15 de marzo de 2000, Cimenteries CBR y otros/Comisión, T25 /95 T26/95, T30 /95 a T32/95, T34 /95 a T39/95, T42 /95 a T46/95, T48 /95, T50/95 a T65 /95, T68/95 a T71 /95, T87/95, T88 /95, T103/95 y T10 4/95, Rec. p. II491, (apartado 2802).

El carácter clandestino y oculto de mayor parte de este tipo de actividades, conlleva una dificultad probatoria a la que no ha sido ajeno el TJUE, dificultad que no solo se extiende a la participación sino a la duración de la conducta, por ello «[s]i no existen pruebas que permitan demostrar directamente la duración de una infracción, la Comisión debe basarse al menos en pruebas de hechos suficientemente próximos en el tiempo, de modo que pueda admitirse razonablemente que la infracción prosiguió de manera ininterrumpida entre dos fechas concretas [...]», STJCE de 7 de julio de 1994, Dunlop Slazenger/Comisión, T43 /92, Rec. p. II441 (apartado 79), y de 16 de noviembre de 2006, Peróxidos Orgánicos/Comisión, T12 0/04, Rec. p. II4441, (apartado 51).

Esta construcción jurisprudencial permite que, tanto al sujeto o a la empresa que han participado en todos los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, como a aquel o aquella que solo ha participado en una parte de los que componen la infracción única y continuada, pero con conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por los demás partícipes en el cartel para alcanzar los mismos objetivos o haber podido preverlos de forma razonable y haber estado dispuesta a asumir el riesgo, se le puedan imputar en ambos casos la totalidad de los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción, STJUE de 24 junio 2015, asunto C-263/2013, (apartado 158) y STJUE 6 de diciembre de 2012, Comisión/Verhuizingen Coppens, C 441/11 P, EU:C:2012:778, (apartado 43).

Basta con que se trate de una infracción única y continuada para que necesariamente pueda considerarse que una empresa que participe en una u otra de sus manifestaciones, sea responsable de la totalidad de esa infracción. Sin embargo, es necesario que quien sanciona demuestre que esa empresa conocía las actividades contrarias a la competencia a escala europea de las demás empresas o que podía razonablemente preverlas. Debe acreditarse que la referida empresa intentaba contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por todos los participantes y que tenía conocimiento de los comportamientos infractores previstos o ejecutados por otras empresas para alcanzar los mismos objetivos, o que podía de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo, STJUE 9 de septiembre de 2015, T104/13, Toshiba Corp, (apartado 53).

Esta unicidad en la infracción permite hacer responsable a una empresa, como integrante de este plan preconcebido de los actos y comportamientos que materialmente haya realizado otro de los integrantes del grupo, en una suerte de responsabilidad solidaria que rompe el principio de individualización de la pena.

Sin embargo, no podrán ser sancionados si a pesar de participar directamente en uno o varios comportamientos contrarios a la competencia que componen una infracción única y continuada, no se haya «[a]creditado que, mediante su propio comportamiento, intentase contribuir a la totalidad de los objetivos comunes perseguidos por los otros participantes en el cártel y que tenía conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por dichos participantes para alcanzar los mismos objetivos o que pudiera de forma razonable haberlos previsto y estuviera dispuesta a asumir el riesgo, la Comisión únicamente puede imputarle la responsabilidad de los comportamientos en los que participó directamente y de los comportamientos previstos o ejecutados por los otros participantes para alcanzar los mismos objetivos que los que ella perseguía y de los que se acredite que tenía conocimiento o podía haberlos previsto razonablemente y estaba dispuesta a asumir el riesgo [...]», STJUE de 24 junio 2015, asunto C-263/2013, (apartado 158) y STJUE de 6 de diciembre de 2012, Comisión/ Verhuizingen Coppens, C 441/11 P, EU:C:2012:778, (apartado 44).

El que sea calificada una infracción del artículo 101 del TFUE como infracción única y continuada tiene importantes consecuencias en la imputación de la conducta en el ámbito temporal, ya que una empresa que haya participado en una infracción de este tipo, mediante comportamientos propios, calificables de acuerdo o de práctica concertada con un objeto contrario a la competencia en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, y que pretendía contribuir a la realización de la infracción en su conjunto, es también responsable, durante todo el tiempo que dure su participación en dicha infracción, de los comportamientos de otras empresas en el marco de la misma infracción, STJUE Comisión/Anic Partecipazioni, (apartado 83).

SÉPTIMO. - Pues bien, como ya hemos recogido, la resolución tiene por acreditada la participación de CELEGA en el intercambio de información entre las industrias lácteas para el reparto del mercado en el año 2013 partiendo de los hechos recogidos los folios 9.490 a 9.494 del expediente administrativo, cuyo contenido pasamos a transcribir ordenado de forma cronológica.

- De: S.A.T Ganadera SAN ANTON [mailto:c sananton@runa.net]

Enviado el: jueves, 19 de septiembre de 2013 11:03

Para: DIRECCION000

Asunto: Oferta

"Estimado Juan ,

En primer lugar, te pido disculpas por escribir " Justiniano " en mi correo anterior. Como comprenderás, envié el mismo correo a Justiniano de SENOBLE ya que sigo sin entender por qué tengo que pasar por CELEGA para vender la leche de mis ganaderos a SENOBLE y por qué SENOBLE no la compra directamente a la SAT, puesto que CELEGA revende toda la leche de mis socios a SENOBLE.

Dado que, a fecha de hoy, no me has mandado ninguna oferta en respuesta a mi correo de 12 de septiembre, te propongo que, para el siguiente trimestre que comienza el 1 de octubre, me compres la leche a precio de mercado, es decir 450 €/tonelada, y que firmemos el contrato para un año en vez de 3 meses.

Espero que me llames o que nos veamos para que mi oferta se pueda negociar debidamente".

- De: S.A.T Ganadera SAN ANTON [mailto:c sananton@runa.net]

Enviado el: jueves, 26 de septiembre de 2013 12:36

Para: Justiniano (SENOBLE)

Asunto: Propuesta

"Estimado Justiniano

Te adjunto en anexo la hoja con ambas ofertas que me entregaste durante nuestra reunión del pasado martes 24/09/2013

Como entenderás, necesito que me confirmes por escrito, con el fin de poder comunicarlas a mis socios, que, (ii) la segunda oferta de 6 meses - hasta 31/03/2014 - consistiría en que mis socios vendan su leche cruda a Celega durante 6 meses a un precio de ... euros/1000 litros para los 3 últimos meses de 2013 y a... euros/1000 litros para los 3 primeros meses de 2014, con la excepción de que, si el precio medio del Fega, respecto a Navarra, supera 390 euros/1000 litros en el cómputo de la media de dicho periodo, Celega abone en vez de los euros/1000 litros, para el LP trimestre 2013 y de euros/1000 litros para el 1 1 trimestre 2014 pactados hasta la cantidad de dicha media superada.

En cuanto a la leche tipo: 3,70% de grasa y 3,10% de proteína.

La diferencia respecto a estos parámetros dará lugar a una corrección sobre los precios de (..) euros por grasa producida por encima de 3,70% y (...) euros por décima de proteína producida por debajo de 3.10%.

Por otra parte el transporte será a cargo del comprador para la recogida y traslado de leche, por nuestra parte quisiéramos que lo siguiera haciendo la empresa que hasta la fecha lo viene realizando (TRANSDURAN SA.)

Entiendo que tanto tu como Juan (CELEGA) respetareis estas ofertas que me expusisteis durante nuestra reunión.

Entiendo también de nuestra reunión que, durante los próximos 6 meses, no puedes proponerles a mis socios comprarles la leche directamente debido a que lo impide un acuerdo comercial que tiene Senoble con Celega.

¿Se lo puedo trasladar así a mis socios?

¿Acaso les podría enseñar copia del contrato para poder acreditárselo debidamente? En efecto, les es difícil a mis socios entender estos flecos jurídicos y así, les puedo anunciar que, a partir de la nueva campaña de abril de 2014, les será posible vender su leche directamente a Senoble, sin pasar por Celega.

Finalmente, agradezco el esfuerzo comercial que haya decidido Senoble de abonarles a mis socios euros/1000 litros complementarios al actual precio de compra de euros/1000 litros para el mes de septiembre. Confírmame por favor que tenga que esperar a que Juan me contacte para que sepa en qué concepto se lo tengo que facturar.

Me mantengo a la espera de tu confirmación".

- De: Justiniano [mailto: DIRECCION001]

Enviado el: viernes, 27 de septiembre de 2013 8:12

Para: S.A.T Ganadera SAN ANTON

Asunto: RE: Propuesta

"Buenos días,

Confirmación de lo propuesto con matización sobre las calidades, que afecta al valor diferencial de la Grasa y Proteína.

1-Oferta de 6 meses - hasta 31/03/2014 - consistiría en que mis socios vendan su leche cruda a Celega durante 6 meses a un precio de euros/1000 litros para los 3 últimos meses de 2013 y a euros/1000 litros para los 3 primeros meses de 2014, con la excepción de que, si una vez conocido el precio medio del Fega, respecto a Navarra para este mismo periodo, este supera 390 euros/1000 litros en el cómputo de la media de dicho periodo, Celega abone ' en trimestre 2014 pactados hasta igualar dicha media superada.

2- Oferta de 15 meses - hasta 31/12/2014 -consistiría en que mis socios vendan su leche cruda a Celega durante 6 meses y luego a Senoble durante 9 meses a un precio de euros/1000 litros cuando el precio medio del Fega, respecto a Navarra, se sitúa entre 350 y 390 euros/1000 litros, con la excepción de que, cuando dicho precio medio del Fega para Navarra se sitúa por debajo de 350, se abone un mínimo de euros/1000 litros y que, cuando dicha media supera 390 euros/1000 litros, se abone un máximo de euros/1000 litros

En cuanto a leche tipo: 3,70% de grasa y 3,10% de proteína.

La diferencia respecto a estos parámetros dará lugar a una corrección sobre los precios de: C por décima de grasa producida por encima de 3,70% y por décima de grasa producida por debajo de 3,70%

C por décima de proteína producida por encima de 3,10% y € por décima de proteína producida por debajo de 3,10%

Respecto al incremento de septiembre se hará efectivo en las liquidaciones de los ganaderos"

-De: S.A.T Ganadera SAN ANTON [mailto:c sananton@runa.net]

Enviado el: lunes, 30 de septiembre de 2013 17:17

Para: Justiniano

Asunto: Oferta

"Estimado Justiniano ,

Muchas gracias por tu oferta, que hemos analizado en detalle".

-De: Justiniano [mailto: DIRECCION001]

Enviado el: lunes, 30 de septiembre de 2013 17:24

Para: S.A.T Ganadera SAN ANTON

Asunto: RE: Oferta

"Buenas tardes,

Tomo nota y paso el correo a Juan (CELEGA).

Antes de acabar la semana os mando modelo de contrato.

Un saludo"

Justiniano

SENOBLE IBERICA S.I.U.

Director de Gestión de Leche

Responsable de Relaciones Institucionales

- De: S.A.T Ganadera SAN ANTON [c sananton@runa.net Enviado el:] lunes, 30 de septiembre de 2013-17:35

Para: DIRECCION000

Asunto: Oferta

"Estimado Juan ,

Te reenvío adjunto en anexo las ofertas que me hizo llegar Justiniano el pasado viernes en nombre de Celega, por las cuales te agradezco,

En la Junta, mis socios han acordado aceptar la segunda Oferta para 15 meses, puesto que, como he venido alegando a lo largo de estos meses, mis socios necesitan una situación jurídicamente menos Precaria.



Propongo que mis socios firmen, por una parte, un contrato marco con Celega para los 6 primeros meses y que el actual contrato con Celega - que ya se renovó tácitamente en la fecha de 15 de septiembre - se mantenga en su actual redacción a partir de mañana 1 de octubre, para los 2 periodos de 3 meses consecutivos, modificando únicamente el Anexo para reflejar el nuevo precio y las fluctuaciones en función del nivel de proteína y de grasa adecuadamente. Por otra parte, propongo que mis socios firmen un contrato marco con Senoble para los 9 meses que empiecen con la nueva campaña de abril de 2014, en el que se reflejarán los términos acordados, tal y como me los plasmaste por email abajo.

¿Podrías mandarme urgentemente el borrador de Anexo que refleje adecuadamente el nuevo precio y las fluctuaciones en función de proteína y materia grasa, ya que la venta según estas nuevas condiciones se inicia mañana 1 de octubre y mis socios necesitarán firmarlos esta semana

? ¿Podrías mandarme también un borrador de contrato marco respecto a los primeros 6 meses?

Finalmente, me señala Justiniano que Celega me abonará retroactivamente un precio extra para la leche vendida por mis socios durante este mes de septiembre, por un montante 71000 litros.

Me mantengo a la espera de tus noticias.

Un saludo".

Aurelio

-El 16/10/2013, a las 09:38, "S.A. T Ganadera SAN ANTON" <c sananton@runa.net > escribió:

"Estimado Justiniano (SENOBLE)

Juan (CELEGA)ya se ha puesto en contacto conmigo en relación con la contratación para los primeros 6 meses según los términos propuestos por Senoble.

Aún no he recibido el borrador de contrato marco que plasme los términos acordados con Senoble para los 9 meses que empiecen con la nueva campaña de abril de 2014, tal y como anunciaste a finales de septiembre. Te agradecería que me lo mandes en breve para que podamos considerar el asunto concluido.

Un saludo"

Aurelio .

-: Justiniano DIRECCION002]

Enviado el: jueves, 17 de octubre de 2013 10:22

Para: S.A.T Ganadera SAN ANTON

Asunto: Re: [spam] Oferta

" Estoy fuera, el lunes te lo mando"

- De: S.A.T Ganadera SAN ANTON [mailto:c sananton@runa.net]

Enviado el: lunes, 04 de noviembre de 2013 18:22

Para: DIRECCION003

Asunto: CONTRATO MARCO

"Estimado Justiniano

Adjunto el Modelo de Contrato que me enviaste la semana pasada con un par de modificaciones resaltadas para tu mayor comodidad. En mi opinión será más fácil que el Contrato Marco se firme con la SAT GANADERA SAN ANTON y que luego se ejecute a través de contratos individuales entre SENOBLE y los ganaderos/socios de la SAT justo antes de la primera entrega de 1 de abril de 2014.

Si los cambios te parecen bien, ruego los aceptes y me mandes los 3 originales firmados para que yo pueda, a su vez, firmarlos y devolverte los 2 originales (para Senoble y para la Comisión).

Me mantengo a la espera de tus noticias,

Un saludo".

Aurelio

- Enviado por S.A.T Ganadera SAN ANTON (c_sananton@runa.netj lunes, 11 de noviembre de 2013 17:30

"Es timado Justiniano (SENOBLE)

Solo recordarte que me mantengo a la espera de tus noticias sobre las modificaciones al Modelo de Contrato Marco que te propuse.

Ruego me envíes tu acuerdo en cuanto puedas, para así poder considerar el tema contractual cerrado.

Un saludo"

Aurelio

Expediente: NUM000 – Folio: 9490

"En la Junta, mis socios han acordado aceptar la Oferta de Senoble para 15 meses, puesto que, como he venido alegando a lo largo de estos meses, mis socios necesitan una situación jurídicamente menos precaria.

Propongo que mis socios firmen, por una parte, un contrato marco con Celega para los 6 primeros meses y que el actual contrato con Celega - que ya se renovó tácitamente en la fecha de 15 de septiembre - se mantenga en su actual redacción a partir de mañana 1 de octubre, para los 2 periodos de 3 meses consecutivos, modificando únicamente el Anexo para reflejar el nuevo precio y las fluctuaciones en función del nivel de proteína y de grasa adecuadamente. Por otra parte, propongo que mis socios firmen un contrato marco con Senoble para los 9 meses que empiecen con la nueva campaña de abril de 2014, en el que se reflejarán los términos acordados, tal y como me los plasmaste por email abajo. ¿ Podrías mandarme un borrador de contrato al respecto?

Si te parece bien, me pondré en contacto con Juan respecto a la contratación para los primeros 6 meses.

Me mantengo a la espera de tus noticias.

Un saludo".

Pues bien, a la vista de los hechos expuestos ha quedado acreditado que CELEGA y SCHREIBER intercambiaron información comercial sensible para coordinar la compra de leche a SAN ANTÓN, promoviendo una negociación conjunta con SAN ANTÓN ofreciendo condiciones comerciales de compra conjuntas, impidiendo con ello que SAN ANTÓN pudiera negociar por separado con cada uno de los compradores.

Por lo demás cumple manifestar que, en contra de lo afirmado en la demanda, CELEGA compraba leche directamente a productores, como es el caso de los ganaderos de SAN ANTÓN, para luego revenderla a otras industrias, (p.ej. SCHREIBER) por lo que estaba en competencia (tanto real como potencial) con las otras Industrias en la compra de leche cruda, sin que las explicaciones alternativas ofrecidas por la recurrente resulten plausibles a la vista de las pruebas obrantes en las actuaciones

OCTAVO. - . Dicho lo anterior, la resolución impugnada fundamenta la existencia de la infracción única y continuada que imputa, entre otras empresas, a la aquí recurrente, en los siguientes términos:

"El examen de las conductas a la luz de la jurisprudencia citada permite concluir que nos encontramos ante la existencia de una infracción única y continuada, al poder identificarse diversos elementos de unidad de actuación y finalidad. En lo que se refiere a la duración, los primeros hechos acreditados en los que se aprecia un intercambio de información ilícito datan del año 2000 y se habrían extendido, al menos, hasta el año 2013. El objetivo común que han perseguido las empresas a través de las conductas descritas no es otro que el de controlar el mercado de aprovisionamiento de leche cruda de vaca durante el periodo infractor. El principal mecanismo utilizado para ejercer tal control frente a la industria ganadera ha sido el intercambio de información entre las empresas, que les ha permitido eliminar la incertidumbre competitiva en el mercado y probablemente les ha permitido adoptar políticas conjuntas y coordinadas para mantener el poder frente a los ganaderos. En este sentido, los hechos ponen de manifiesto comportamientos coordinados en la aplicación de precios, en el intercambio de ganaderos y en la gestión de excedentes de leche. El intercambio de información sobre ganaderos no tiene más lógica económica que la de tener controlada la cesión de ganaderos entre empresas para asegurarse no tener que negociar precios con ellos (por ejemplo, subidas de precios al intentar captarlo). Por tanto, el reparto de fuentes de aprovisionamiento es un elemento más de la infracción cuyo objeto es el control del mercado de aprovisionamiento de leche cruda de vaca, que se materializa en la dificultad del ganadero para cambiar de comprador, tal como ha denunciado la propia UPA (Unions Agraries) e igualmente 68

De igual modo, el intercambio de información sobre el control de excedentes, y la propuesta para que, de manera conjunta, se retirara leche del mercado, tiene el objetivo manifestado de subir el precio final de la leche (o impedir una bajada) de manera que la industria láctea salga beneficiada (hecho 53 y folios 596 a 599). A la unidad de objetivo entre las empresas, hay que añadir la correlación entre los sujetos intervinientes en las conductas investigadas, ya que todas las empresas han participado, en mayor o menor medida, en una o varias de las conductas anticompetitivas, y ello con independencia del "foro" en el que se han producido los contactos. Las empresas eran coincidentes, y la naturaleza y contenido de los contactos perseguían la misma finalidad, esto es, el control del mercado de aprovisionamiento de leche cruda de vaca. Conviene advertir que la calificación

de la infracción como única no exige en absoluto que todas las empresas participen de todas y cada una de las conductas que configuran la infracción, ya que el elemento esencial es la voluntad común de conseguir un objetivo de carácter anticompetitivo, que puede ser llevado a cabo a través de una o varias conductas integrantes de una misma infracción."

Pues bien, a la vista de lo expuesto y de las pruebas e indicios recabados, debemos convenir con la resolución recurrida en que existen pruebas suficientes que acreditan el conocimiento por parte de la recurrente del plan común descrito en la resolución impugnada, así como su participación en la organización y funcionamiento del cartel, intercambiando información comercial sensible para coordinar la compra de leche a SAN ANTÓN, promoviendo de ese modo una negociación conjunta con SAN ANTÓN ofreciendo condiciones comerciales de compra conjuntas, impidiendo que SAN ANTÓN pudiera negociar por separado con cada uno de los compradores, actuación incardinable en el citado plan común.

Avala esta afirmación la correlación entre los sujetos intervinientes en las conductas investigadas, ya que todas las empresas han participado, en mayor o menor medida, en una o varias de las conductas anticompetitivas, y ello con independencia del "foro" en el que se han producido los contactos. Las empresas eran coincidentes, y la naturaleza y contenido de los contactos perseguían la misma finalidad, esto es, el control del mercado de aprovisionamiento de leche cruda de vaca. También la coincidencia temporal entre las diversas conductas, con independencia, de la intensidad de participación de cada una de las empresas en las mismas, a efectos de la cuantificación de la sanción.

NOVENO. - Si guiendo con el examen de los motivos de impugnación, se denuncia en la demanda. la infracción de los artículos 131 de LPA y 6 de la Carta, en relación el artículo 64.1 de la LDC. - Vulneración del principio de proporcionalidad y falta motivación del cálculo de la cuantía.

Pues bien , una atenta lectura del fundamento jurídico sexto de la resolución conduce a una conclusión bien distinta.

En primer lugar, y sobre la base de la previsión del artículo 63.1.c) de la LDC, parte la CNMC de los criterios interpretativos que, sobre esta cuestión, la de la cuantificación de la multa, proporciona la relevante sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, criterios que resume la resolución recurrida de cuyo texto podemos destacar lo siguiente:

- *"Los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben individualizarse. (...)".*

- *"En cuanto a la base sobre la que calcular el porcentaje de multa, en este caso hasta el 10% por tratarse de una infracción muy grave, el artículo 63.1 de la LDC alude al "volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa", concepto con el que el legislador, como señala el Tribunal Supremo, "lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al "todo" de aquel volumen (...). Rechaza así la interpretación según la cual dicho porcentaje deba calcularse sobre la cifra de negocios relativa al sector de actividad al que la conducta o infracción se constriñe".*

- *"La determinación de la sanción deberá concretarse en un arco que discurre del cero al 10% del volumen de negocios total de las empresas infractoras en el ejercicio anterior al de dictarse resolución. Dentro de dicho arco sancionador, la multa deberá determinarse conforme a los criterios de graduación previstos en el artículo 64 de la Ley 15/2007."*

Entiende la Sala que estas pautas interpretativas son, en efecto, clara consecuencia de la doctrina del Tribunal Supremo, por lo que el problema se remite a determinar si, en aplicación de la misma, la resolución ha podido resultar falta de motivación o incurrir en desproporción.

En cuanto a la motivación insuficiente, la resolución recoge en su texto bajo la rúbrica "Determinación de la sanción" que se trate de una infracción muy grave (art. 62.4.a de la LDC) que podrá ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de las empresas infractoras en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1.c), esto es, 2018. A continuación consigna el volumen total de negocios de las empresas sancionadas en 2018; en el caso de CELEGA de 50.686.780 euros.. Reitera que la conducta se desarrolla en el mercado de aprovisionamiento de leche cruda de vaca. Que la cuota de mercado conjunta de las empresas participantes en la conducta (art. 64.1.b) es superior al 50%. Que el mercado geográfico afectado por la infracción es el español en su totalidad, por lo que la conducta es susceptible de afectar al comercio intracomunitario (art.64.1.c). Que la duración de la conducta (art. 64.1.d) abarca desde 2000 hasta 2013.

Añade que ha quedado acreditada la existencia de efectos en el mercado (art. 64.1.e), ya que debido a los intercambios de información no sólo se aumenta artificialmente la transparencia en el mercado, sino que consta acreditado que al menos en determinados momentos estos intercambios han podido servir para que las empresas adoptasen políticas coordinadas sobre precios y ganaderos, perjudicando especialmente a estos últimos, que se han visto privados de libertad para negociar el precio y escoger clientes en función del mismo y, en definitiva, no han podido desarrollar su actividad en condiciones de competencia.

Y concluye que los anteriores criterios permiten realizar una valoración general de la infracción de cara a su sanción que se traduce en un tipo sancionador general del 2,3%.

En cuanto a la valoración individual de la conducta de las ocho empresas, se recoge la duración individual, el volumen de negocios del mercado afectado por cada empresa (8.275.977 para CELEGA) , así como el porcentaje de participación de cada una de ellas en el total del volumen de negocios en el mercado afectado (VNMA) durante la infracción (0,1 para la recurrente) . Además, se ha tenido en cuenta que aquellas empresas que han participado en varias de las conductas merecen un mayor reproche sancionador, consignando que CELEGA ha participado en una sola conducta). no se aprecian circunstancias agravantes ni atenuantes. A partir de estos criterios concreta dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración global de la densidad antijurídica de la conducta de las empresas, que para la aquí recurrente se fija en un 2.3% .

Por lo demás explica que en el caso de CELEGA la multa en euros resultante de aplicar el tipo sancionador al volumen de negocios total de la empresa es superior al límite de proporcionalidad estimado, por lo que es necesario realizar un ajuste a la baja hasta alcanzar dicho límite de proporcionalidad y así, atendiendo a diversos parámetros económicos, como el margen de beneficio de las empresas en condiciones de competencia, la subida de los precios derivada de la infracción y la elasticidad precio de la demanda en el mercado relevante, procede a imponer a la aquí recurrente una sanción de 370.000 euros.

Así las cosas , en modo alguno puede decirse que esta primera aproximación a la cuantificación de la multa resulte, ni inmotivada -las consideraciones que anteceden demuestran que se apoya en una motivación bastante y, en todo caso, consecuente con los criterios jurisprudenciales de aplicación-, ni que tampoco sea desproporcionada, pues arroja un porcentaje que por debajo de la media del tipo sancionador máximo, porcentaje que somete después a los ajustes que permiten adecuarlo a las circunstancias particulares de los intervinientes.

DÉCIMO. - Procede, en atención a lo expuesto, la íntegra desestimación del recurso y la consiguiente imposición de las costas causadas en esta instancia a la parte actora de conformidad con 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, Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de **CELEGA, S.L.**, contra la resolución de 11 de Julio de 2019 dictada por la Sala de Competencia del Consejo de Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en el expediente NUM000 INDUSTRIAS LÁCTEAS 2., 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.