



Roj: **SAN 578/2024 - ECLI:ES:AN:2024:578**

Id Cendoj: **28079230062024100054**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **13/02/2024**

Nº de Recurso: **2278/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0002278 /2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 14185/2019

Demandante: Corporación Alimentaria Peñasanta (CAPSA)

Procurador: D. ANÍBAL BORDALLO HUIDOBRO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Codemandado: UNIONS AGRARIAS-UPA, SOCIEDAD DE TRANSFORMACION SAN ANTON,
OSSAT

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. RAMÓN CASTILLO BADAL

SENTENCIA Nº :

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. 2278/19 promovido por el Procurador D. Aníbal Bordallo Huidobro, en nombre y representación de **Corporación Alimentaria Peñasanta (CAPSA)**, contra la resolución de 11 de julio de 2019, dictada por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia por la que se le impone una sanción de 21.864.645 euros de multa, por la infracción de los artículos 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por la comisión de una infracción única y continuada consistente en un intercambio de información entre empresas transformadoras de leche cruda de vaca.

Habiendo sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

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 de ésta Sala, se dicte sentencia por la que se acuerde estimar el presente recurso Contencioso- Administrativo y en consecuencia se declare:

"la nulidad de la Resolución de la Sala de competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 23 de julio de 2015, (sic), recaída en el expediente NUM000 o, subsidiariamente, declare desproporcionada la sanción impuesta a mi representada y la reduzca a tenor de lo indicado en el presente escrito de demanda, con imposición de costas a la parte demandada y con todos los demás pronunciamientos que en derecho procedan. 8

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmase el acto recurrido en todos sus extremos.

TERCERO.- La Procuradora D^a María José Bueno Ramírez, en nombre y representación de la entidad Sociedad Agraria de Transformación San Antón contestó la demanda solicitando *"se dicte sentencia desestimando el recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada, con expresa imposición en costas a la recurrente"*.

Asimismo, el Procurador D. Ignacio Tartón Ramírez, en nombre y representación de la entidad O Seixo, Sociedad Agraria de Transformación ("OSSAT"), contestó la demanda solicitando *"dicte sentencia desestimando el recurso y confirmando consecuentemente la Resolución impugnada, con imposición de costas a la recurrente"*.

CUARTO.- Mediante auto de 29 de mayo de 2023, se tuvo por contestada la demanda por el Abogado del Estado, se fijó la cuantía del recurso en 21.864.645 euros, se tuvieron por reproducidos los documentos obrantes en el expediente administrativo, se tuvieron por unidos los documentos aportados con los escritos de demanda y contestación, se fijó fecha para la ratificación de los informes periciales en que tuvo lugar y se concedió plazo a las partes para que presentaran sus respectivos escritos de conclusiones.

QUINTO.- Una vez presentados los respectivos escritos de conclusiones por las partes quedaron los autos conclusos para sentencia.

Seguidamente, mediante providencia de 30 de octubre de 2023, se acordó señalar para votación y fallo del recurso el día 22 de noviembre de 2023, en que tuvo lugar, si bien la deliberación se prolongó en sesiones sucesivas.

Siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Ramón Castillo Badal, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso administrativo impugna la entidad actora la resolución de 11 de julio de 2019, dictada por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia por la que se la impone una sanción de 21.864.645 € de multa por la infracción de los artículos 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por la comisión de una infracción única y continuada consistente en un intercambio de información entre empresas transformadoras de leche cruda de vaca.

La parte dispositiva de dicha resolución, recaída en el expediente " NUM000 ," era del siguiente tenor literal:

"Pr imero. 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. Declarar responsables de las citadas infracciones a las siguientes empresas:

1. CALIDAD PASCUAL, S.A. (Antes GRUPO LECHE PASCUAL S.A.)
2. CENTRAL LECHERA DE GALICIA (CELEGA, S.L.)
3. CORPORACION ALIMENTARIA PEÑASANTA, S.A.
4. DANONE, S.A.
5. GRUPO LACTALIS IBERIA S.A.

6. NESTLÉ ESPAÑA, S.A.
7. INDUSTRIAS LÁCTEAS DE GRANADA, S.L.U. (antes PULEVA FOOD S.L.)
8. SCHREIBER FOOD ESPAÑA, S.L. (antes SENOBLE IBÉRICA S.L.)
9. ASOCIACIÓN DE EMPRESAS LÁCTEAS DE GALICIA
10. GREMIO DE INDUSTRIAS LÁCTEAS DE CATALUÑA.

Tercero. De conformidad con la responsabilidad de cada empresa en la infracción a la que se refiere el resuelve anterior, proceden las siguientes sanciones:

1. CALIDAD PASCUAL, S.A.: 8.560.363 euros
2. CENTRAL LECHERA DE GALICIA (CELEGA, S.L.): 53.310 euros
3. CORPORACION ALIMENTARIA PEÑASANTA, S.A.: 21.864.645 euros
4. DANONE, S.A.: 20.277.100 euros
5. GRUPO LACTALIS IBERIA, S.A.: 11.692.998 euros
6. NESTLÉ ESPAÑA, S.A.: 6.860.000 euros
7. INDUSTRIAS LÁCTEAS DE GRANADA, S.L.U.: 10.269.557 euros
8. SCHREIBER FOOD ESPAÑA, S.L.: 929.644 euros
9. ASOCIACIÓN DE EMPRESAS LÁCTEAS DE GALICIA: 60.000 euros
10. GREMIO DE INDUSTRIAS LÁCTEAS DE CATALUÑA: 90.000 euros

Cuarto. Declarar prescrita la infracción para las empresas INDUSTRIAS LÁCTEAS ASTURIANAS, S.A., GRUPO LECHE RIO, S.A., FEIRACO LÁCTEOS, S.L., LECHE CELTA, S.L., FORLACTARIA OPERADORES LECHEROS, S.A y CENTRAL LECHERA ASTURIANA, S.A.T.

Quinto. Declarar el archivo de las actuaciones contra COOPERATIVA AGRÍCOLA Y GANADERA DEL PIRINEO SCCL

Sexto. Resolver sobre la confidencialidad relativa a la documentación aportada por las empresas de conformidad con lo señalado en el apartado 5.12 de los fundamentos de derecho de la presente resolución.

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."

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

1. Con fecha 8 de marzo de 2011, tuvo entrada en la antigua Dirección de Investigación de la CNC un informe titulado "Estudio sobre el Sector de Leche Cruda en Castilla y León", remitido por el Servicio para la Defensa de la Competencia de Castilla y León, en el que se pone de manifiesto la posible existencia de diversas conductas llevadas a cabo en el mercado de leche cruda susceptibles de constituir una infracción de la LDC, en particular, relativas a la recogida de leche cruda de vaca y a la determinación de su precio.
2. El día 16 de septiembre de 2011, tuvo entrada en la Dirección de Investigación una denuncia formulada por la Unions Agrarias - UPA contra las empresas transformadoras de leche en Galicia y empresas distribuidoras de leche, haciendo particular mención a la dificultad de encontrar empresas alternativas a las que entregar la leche.
3. A raíz de los hechos descritos anteriormente, la Dirección de Investigación, inició una información reservada, con el fin de determinar la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación del expediente sancionador.
4. Los días 11 y 12 de julio de 2012, se llevaron a cabo inspecciones domiciliarias simultáneas en las sedes de las empresas GRUPO LACTALIS IBERIA S.A., la COOPERATIVA AGRÍCOLA Y GANADERA DEL PIRINEO SCCL, EL BUEN PASTOR S.L., NESTLÉ ESPAÑA, S.A., y de las asociaciones regionales ASOCIACIÓN DE EMPRESAS LÁCTEAS DE GALICIA y la ASOCIACIÓN REGIONAL DE INDUSTRIAS LÁCTEAS EN CANTABRIA.
5. A la vista de la información obtenida en las inspecciones domiciliarias, la DI acordó, con fecha 23 de julio de 2012, incoar procedimiento sancionador contra el GRUPO LACTALIS IBERIA S.A.; la CORPORACION ALIMENTARIA PEÑASANTA S.A.; DANONE S.A.; PULEVA FOOD S.L.; el GRUPO LECHE PASCUAL S.A.; NESTLÉ ESPAÑA, S.A.; la COOPERATIVA AGRÍCOLA Y GANADERA DEL PIRINEO SCCL; el GREMIO DE INDUSTRIAS LÁCTEAS DE CATALUÑA; y la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS LÁCTEAS DE GALICIA, por presuntas prácticas

prohibidas en el artículo 1 de la Ley 16/1989 y de la LDC, consistentes en la realización de intercambios de información y/o acuerdos para el reparto de mercado y la fijación de condiciones comerciales, en el mercado de aprovisionamiento de leche cruda de vaca.

6. Con fecha 5 de marzo de 2014, se acordó ampliar la incoación del expediente sancionador a las empresas INDUSTRIAS LÁCTEAS ASTURIANAS, S.A.; FORLACTARIA OPERADORES LECHEROS, S.A.; CENTRAL LECHERA ASTURIANA, S.A.; GRUPO LECHE RÍO, S.A.; CENTRAL LECHERA DE GALICIA, S.L.; SENOBLE IBERICA, S.L.; LECHE CELTA, S.L., y FEIRACO LÁCTEOS, S.L.

7. Tras llevar a cabo los actos de instrucción necesarios, la DC elaboró, con fecha 18 de marzo de 2014, el Pliego de Concreción de Hechos y lo notificó a las partes, para que pudieran alegar cuanto estimasen conveniente y propusieran las pruebas que considerasen pertinentes.

8. El PCH fue subsanado con fecha 24 de abril de 2014, al advertirse una serie de errores en relación con la responsabilidad de cada una de las siguientes empresas: PULEVA FOOD S.L.; CORPORACION ALIMENTARIA PEÑASANTA S.A.; DANONE S.A.; CALIDAD PASCUAL; NESTLÉ ESPAÑA, S.A.; GREMIO DE INDUSTRIAS LÁCTEAS DE CATALUÑA, y ASOCIACIÓN DE EMPRESAS LÁCTEAS DE GALICIA.

9. NESTLE presentó recurso administrativo contra el acuerdo de subsanación del PCH que fue desestimado por la CNMC el 31 de julio de 2014.

La citada resolución fue recurrida por NESTLÉ ante la Audiencia Nacional.

10. La Sala de Competencia resolvió el procedimiento sancionador mediante resolución de 26 de febrero de 2015. En ella se consideró acreditada 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 101 del TFUE y se sancionó a las empresas y asociaciones según la responsabilidad de cada una de ellas.

11. Mediante sentencia de 11 de julio de 2016, la Audiencia Nacional estimó parcialmente el recurso judicial presentado por NESTLÉ y anuló en parte la citada resolución, ordenando la retroacción del procedimiento al momento inmediatamente anterior a la adopción del acuerdo de subsanación de errores de 24 de abril de 2014.

El 24 de julio de 2018, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la CNMC contra la sentencia de la Audiencia Nacional anteriormente mencionada de 11 de julio de 2016 (sentencia 1356/2018). El testimonio de firmeza de esta sentencia fue notificado a la CNMC el 16 de octubre de 2018.

La Audiencia Nacional dictó sentencia en todos los recursos contencioso-administrativos interpuestos por las once sociedades sancionadas por el Consejo de la CNMC el 26 de febrero de 2015, estimando en parte las pretensiones de las recurrentes y ordenando la retroacción del procedimiento correspondiente al expediente sancionador NUM000 seguido ante la CNMC, al momento inmediatamente anterior a la adopción del acuerdo de 24 de abril de 2014, debiendo continuar el mismo por los trámites procedentes.

12. Con fecha 12 de noviembre de 2018, la Dirección de Competencia acordó la reanudación del expediente sancionador NUM000 en ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2018, así como de todas las sentencias de la Audiencia Nacional referidas de 20 y 28 de septiembre, 18, 24 y 25 de octubre y 2 de noviembre de 2018 en el marco del mismo expediente sancionador, retomando las actuaciones pertinentes frente a todos los incoados e interesados en dicho expediente en el momento inmediatamente anterior al acuerdo de 24 de abril de 2014, por el que se subsanaban y corregían errores en el PCH de fecha 18 de marzo de 2014.

El citado acuerdo estableció que el plazo restante para la caducidad del expediente desde el día 23 de abril de 2014, momento inmediatamente anterior al acuerdo de rectificación de errores de 24 de abril de 2014, sería de 6 meses y 14 días. Este plazo se computa a partir de la fecha del acuerdo de reanudación, es decir el 12 de noviembre de 2018.

13. Con fecha 21 de diciembre de 2018, se adoptó la propuesta de resolución del procedimiento que fue notificada a las partes para que presentaran las alegaciones que estimasen oportunas.

14. A la vista de los recursos interpuestos contra la propuesta de resolución, el día 8 de enero de 2019, se acordó suspender el plazo máximo de resolución del procedimiento hasta la resolución de los citados recursos administrativos. El plazo fue reanudado el día 25 de enero de 2019.

15. Con fecha 5 de febrero de 2019, se elevó la propuesta de resolución a la Sala de Competencia de la CNMC.

16. Con fecha 30 de abril de 2019, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó la remisión de información a la Comisión Europea. Asimismo, se acordó suspender el plazo para resolver el procedimiento

sancionador hasta que se diera respuesta por la Comisión Europea a la información remitida o transcurriera el término del plazo a que hace referencia el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n° 1/2003. El plazo de suspensión fue levantado mediante acuerdo de fecha 30 de mayo de 2019.

17. Con fecha 30 de mayo de 2019, la Sala de Competencia de la CNMC acordó requerir a las empresas el volumen de negocios correspondiente al año 2018. El plazo máximo para resolver el procedimiento quedó suspendido en aplicación del artículo 37.1 a) de la LDC siendo levantado el plazo de suspensión mediante acuerdo de fecha 21 de junio de 2019.

18. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 11 de julio de 2019.

SEGUNDO.- En cuanto a los hechos determinantes del acuerdo sancionador, en la resolución recurrida se describe a la entidad actora, Corporación Alimentaria Peñasanta (CAPSA), como una entidad que tiene su sede en Siero (Asturias) y su actividad se centra en la fabricación y distribución de una amplia gama de productos lácteos: leche, yogures, batidos, mantequillas, quesos, salsas, postres.

CAPSA pertenece al grupo empresarial Central Lechera Asturiana y tiene centros de producción en varias comunidades autónomas.

TERCERO.- Con carácter general, la resolución recurrida describe el mercado de producto objeto del expediente incoado como el de aprovisionamiento de leche de vaca cruda, entendida como tal aquella leche que no haya sido calentada a más de 40° C ni sometida a un tratamiento de efecto equivalente.

Precisa 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).

En cuanto al mercado geográfico, considera que las prácticas objeto de este expediente sancionador pueden tener un apreciable efecto en el comercio entre los Estados miembros ya que la leche de vaca cruda es la materia prima que las industrias lácteas posteriormente transforman en productos lácteos, que se comercializan también fuera de nuestro país. Incluso la leche de vaca en estado líquido y antes de transformar es objeto de importaciones y exportaciones.

Por esa razón 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.

Explica la resolución sancionadora la estructura del mercado de leche de vaca definiendo en primer lugar a los operadores en el mercado (productor, comprador, operador logístico, industriales, cooperativas, etc).

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.

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.

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.

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.

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.

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 período anterior.

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

La cantidad total de cuota que en cada período 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.

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.

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.

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.

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 período, 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, ésta 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.

A su vez, los compradores autorizados abonaban al FEGA, 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 FEGA se creó la Mesa de coordinación del régimen de tasa.

Explica la resolución recurrida que la industria ganadera comunicó ya en 2011 a las autoridades autonómicas de competencia (Galicia, Castilla y León y Cataluña) la existencia de prácticas anticompetitivas en el mercado de leche cruda por el gran poder negociador que ostenta la industria transformadora.

Estas conductas, coincidentes además en los tres informes, estarían 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.

CUARTO.- La investigación realizada por la CNMC cuyos antecedentes se han descrito permitió acreditar, según la resolución recurrida, la existencia de intercambios de información sobre precios y otras condiciones comerciales entre empresas competidoras del sector lácteo, contactos sobre precios y otras condiciones comerciales por parte de las empresas que conforman el denominado grupo G-4/G-5, es decir, las empresas más relevantes en el sector lácteo (LACTALIS/PULEVA, DANONE, PASCUAL y CAPSA), contactos sobre precios y otras condiciones comerciales a través de las asociaciones GIL y AELGA, las más representativas del sector lácteo y contactos sobre ganaderos con el fin de informar o acordar estrategias sobre estos e intercambios de

información sobre excedentes de leche con la intención de llegar a acuerdos para la gestión de excedentes, producidos en el seno de AELGA.

La resolución recurrida se refiere específicamente a Corporación Peñasanta para relatar que:

En relación con los hechos relativos a intercambios de información sobre precios y estrategias comerciales, y respecto de las anotaciones relativas a las reuniones del GIL realizadas por el Sr. (dato personal), en todas las anotaciones de las reuniones del Gremio de Industrias Lácteas (GIL) aparece la relación de asistentes, constando CAPSA y sus representantes entre ellos:

En particular, en la reunión de 18 de abril de 2001 (folio 8.505), 19 de noviembre de 2001 (folio 8.507), 11 de febrero de 2002 (folio 8.508), 9 de julio de 2003 (folio 8.511 a 8.513) y de 16 de febrero de 2004 (folio 8.514 a 8.515).

Estas anotaciones, tomadas en el curso de reuniones del GIL, contienen intercambios sobre la evolución de los precios desglosados por empresas. De estas expresiones y, en particular, de la referencia expresa a representantes de las industrias en muchas de las anotaciones, no sólo se deduce que se producían intercambios de información en dichas reuniones, sino que había incluso disparidad de visiones en cuanto a las alternativas para aplicar las bajadas en una u otra fecha y propuestas concretas.

Destaca asimismo la resolución sancionadora el contenido del folio 8.616, relativo a un correo electrónico sobre lo ocurrido en la reunión del GIL de 16 de septiembre de 2003, indicando específicamente:

" te mando un pequeño resumen de la reunión de Gremi celebrada en las oficinas de Danone", y sobre CAPSA se detalla:

" Capsa dijo que en agosto no habían subido precios y que en septiembre subirían dos y posiblemente regulasen en octubre la no subida de agosto. Explicó que la incorporación de Granja San José se hizo pactando con Sali (Clesa) el tema de volumen", o las anotaciones recogidas en la reunión de 16 de febrero de 2004 (folio 8.514), en la que se habla de la estrategia de precios a seguir en distintas zonas, con expresiones como:

" CAPSA (dato personal) Galicia se anuncia 3 pero cree 4", en clara alusión a la intervención de (dato personal), asistente a varias reuniones del GIL, y que se encontraba presente en ésta, como se observa en la relación de asistentes a dicha reunión.

En cuanto a su responsabilidad en los hechos de 2006, se refiere al documento titulado "REUNION APROVISIONAMIENTO NADELA 2006" en el que se expone que (hecho 9 y folios 8.637 a 8.638):

" Durante el transcurso del año 2006 en relación a precios se produjo una bajada lineal de 12 euros/lts. A ganaderos directos y grupos. La bajada principal se produjo en enero siendo complementada en febrero. Como de costumbre las tres empresas en anunciar la bajada de precios hemos sido Capsa, Lactalis y Puleva. Danone y Leche Pascual se apuntaron al carro a partir de febrero, con la excusa que si los demás bajamos ellos tenían que bajar. [sic] (...) Desde el famoso Observatori de la LLet, que ahora ya tiene forma oficial de representación del sector y estructura por parte de la administración catalana, se tuvo varias reuniones donde las empresas representadas por el Gremi, expusimos la bajada de precios orientativa y que iba a suponer entorno al 4%. (...) " (Subrayado añadido).

Destaca la resolución recurrida que resulta revelador la descripción del comportamiento ocurrido a principios de año como algo habitual y común ("bajada de precios", "primeras empresas en anunciar la bajada"), y el relevante papel de CAPSA que en 2006 pertenecía al Gremio de Industrias Lácteas de Cataluña y era, de hecho, miembro de la Junta Directiva del GIL.

De aquí deduce la resolución recurrida que la cantidad orientativa de reducción de precios que se iba a aplicar por parte de la industria y que necesariamente se tenía que haber consensuado en el seno del GIL con carácter previo al referirse a estos hechos con la expresión " las empresas representadas por el Gremi, expusimos la bajada de precios orientativa", es atribuible también a CAPSA.

En cuanto a la participación de CAPSA en los hechos en 2007, cita la resolución sancionadora varios documentos que relacionan a CAPSA con la participación en dichas prácticas, como, por ejemplo, el documento de 8 de marzo de 2007 (folio 8.517) sobre una reunión del GIL sin relacionar los asistentes, pero coincidente en fecha y hora con la convocatoria del GIL a la que estaba invitada CAPSA (folio 8.701).

Menciona también las anotaciones de la reunión G4 de 10 de mayo de 2007, en la que se indica "Bajada de precios realizada, 2 ptas" (folio 8.518), el documento de 24 de mayo de 2007 (folios 8.635 a 8.636) en el que se indica de forma paralela a lo ocurrido en lo descrito para 2006:

" *Capsa, Lactalis fueron los primeros en anunciar bajada de precio 12 euros en el mes de marzo. Danone que se apuntaba al carro no lo realizó hasta abril. Leche Pascual lo anunció en abril igual que nosotros (...)*".

Cita también el documento de agosto de 2007 (folio 8.633 a 8.634) que indica: " *La competencia directa entre las industrias que intervenimos en Cataluña no existe. Donde nos encontramos es en los grupos de ganaderos, pactamos la subida de 5 ptas y ha encajado perfectamente. (...)*".

En cuanto a su participación en 2008, destaca la resolución sancionadora que el informe de junio de 2008 revela de nuevo la aplicación de bajadas por parte de la industria.

En este sentido, menciona la respuesta a requerimiento de información del Gremio de Industrias Lácteas de Cataluña, (folios 3.971 a 3.973) anotaciones del Sr. (dato personal) en las que se refleja lo siguiente (folio 8.527):

"- *Leche Pascual. (dato personal). Propone bajar los precios de leche de golpe -7 ptas en FEBRERO en vez de 4 y 3. (...)*",

En el informe "REUNIÓN GRANADA JUNIO 2008" (folio 8.641), posteriormente se indica que: " *La bajada de febrero se aplicó en general menos Danone y Lleters de Catalunya (Iparlat) La de marzo se reguló por parte de Danone con una bajada de 42 euros.*"

Razona la resolución recurrida que la utilización de la expresión "se aplicó en general" es un indicio de que, tras una propuesta, podría haber existido un acuerdo aplicado en general por parte de la industria. Además, en las facturas aportadas para esta época se confirma que hubo una reducción del equivalente a 7 pesetas (4 céntimos de euro) en los precios base entre los meses de febrero y de marzo de 2008 por parte de las industrias (entre ellas CAPSA) con la única excepción de PULEVA.

También considera que la expresión "se reguló" parece indicar la existencia de un acuerdo previo por parte de la industria.

Por otra parte, destaca la resolución sancionadora que CAPSA no aparece directamente mencionada en la reunión de 8 de octubre de 2008 de GIL en la que se intercambiaron estrategias sobre precios (folio 8.533), pero se encuentra entre las empresas convocadas para dicha reunión del GIL (folio 7.822 a 8.725), del que entonces ostentaba el cargo de secretario de la Junta Directiva.

Por lo tanto, razona que no habiendo acreditado que no asistió a dicha reunión, solo cabe presumir que estuvo presente en la misma y, por tanto, participó en el intercambio de información sobre precios que tuvo lugar en su seno.

En cuanto a 2009, además de la participación activa en la asamblea de AELGA, se acredita su intervención en los hechos a través de varios documentos que se encuentran en los folios 8.537, 8.535, 8.539 y 8.544, en los que se transmiten precios recientes y desglosados por empresas, o bien en la reunión del GIL (folio 8.538), en la que se transmite información incluso de precios fuera de España.

La participación en 2010 sería de esta misma naturaleza, así como la recogida en los documentos referentes a 2011 (folio 8.555) y 2012 (folios 8.554, 8.560 y 8.563). De nuevo, relata la resolución, se trata de información detallada de precios recientes desglosados por empresa, incluso en el documento de la reunión de 18 de enero de 2012 programada desde el día 13 de enero de 2012 (folio 8.560), se desglosa la media del año 2011 por empresa, por lo que el mismo razonamiento expuesto anteriormente sería también de aplicación en esta ocasión.

En cuanto a la participación en las prácticas de intercambio de información sobre ganaderos, entiende acreditada la resolución sancionadora la ilicitud de los intercambios de información producidos en el seno del GIL en febrero de 2000 (folio 8.502), en el que aparece entre la relación de asistentes el Sr. (dato personal) y el Sr. (dato personal) de CAPSA, y donde se discuten aspectos relativos a información y estrategias sobre un ganadero concreto.

En relación con los años 2011 y 2012, los intercambios de información sobre ganaderos en función de los intereses de las empresas resultan asimismo acreditados.

Así, cita la resolución sancionadora el folio 1.784 en el que se menciona la existencia de contactos con PULEVA para intercambiar ganaderos, así como en 2012, si bien esta vez es CAPSA la que ofrece de primera mano los ganaderos a LACTALIS (folio 8.617). También es CAPSA la que informa por teléfono, a LACTALIS que van a continuar recogiendo la leche a Can Feliu de Campllong, (folio 8.628) información que, insiste la resolución sancionadora, no debe ser transmitida entre competidores, puesto que se trata de comportamientos estratégicos a seguir por parte de una empresa y que pueden condicionar el comportamiento de las demás en el mercado.

De la prueba expuesta deduce la resolución sancionadora acreditada la participación de CAPSA en el intercambio de información entre las industrias lácteas en relación con precios y estrategias comerciales, desde 2001 a 2003 y desde 2006 a 2012 y asimismo su participación en intercambios de información sobre ganaderos, en los años 2000, 2011 y 2012.

QUINTO.- En su demanda, la parte recurrente denuncia, en síntesis, la caducidad del expediente sancionador, la infracción de los arts 80.3 y 135 de la Ley 30/1992 por indebida denegación y falta de motivación de la denegación de la prueba.

Por otra parte, que las conductas sobre cesión de contratos de suministro con ganaderos son lícitas y no constituyen una restricción de la competencia (ni por objeto ni por efecto).

Rechaza la existencia de una infracción única y continuada por cuanto no se identifica y justifica en la resolución recurrida un único objetivo anticompetitivo, el conocimiento de otras conductas y la contribución intencional. Asimismo, falta la conexión objetiva entre las dos conductas atribuidas a CAPSA y su conexión espacio-temporal porque las conductas sobre cesión de contratos con ganaderos tienen un carácter puntual.

La resolución tampoco individualiza los hechos ni su valoración jurídica.

Considera, además, que los hechos correspondientes al periodo 2000-2003 se hallan prescritos y que CAPSA no participó en los intercambios sobre precios de leche cruda que la Resolución le atribuye durante el periodo 2006-2012.

No se han constatado efectos en el mercado de las supuestas conductas.

Denuncia, por último, en cuanto a la sanción impuesta la infracción del art. 64 LDC, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el deber de motivación y del principio de proporcionalidad en relación con la sanción impuesta.

SEXTO.- El primer motivo sobre la caducidad del procedimiento no puede prosperar.

La recurrente sostiene que el acuerdo de incoación del procedimiento sancionador, de 23 de julio de 2012, supone que el plazo máximo para resolver y notificar la resolución vencía 18 meses después, esto es, el 28 de febrero de 2015.

Admite la necesidad de computar los periodos de suspensión por un total de 356 días.

1ª Suspensión: del 29/01/2013 hasta el 13/11/2013 (288 días suspendido).

2ª Suspensión: del 08/01/2019 hasta el 25/01/2019 (17 días).

3ª Suspensión: del 30/04/2019 al 30/05/2019 (30 días) y,

4ª Suspensión del 31/05/2019 al 21/06/2019 (21 días).

Considera por ello que, conforme al art. 38 de la LDC, el plazo para dictar y notificar la resolución sancionadora vencía el 19 de febrero de 2016 y como no fue dictada hasta el 11 de julio de 2019 y notificada a CAPSA el 25 de julio de 2019, debe declararse caducado el procedimiento.

Sin embargo, la recurrente no tiene en cuenta al realizar el cómputo del plazo que esta Sala resolvió los recursos contencioso-administrativos interpuestos por las empresas sancionadas contra la modificación del pliego de concreción de hechos mediante sentencias dictadas entre el 11 de julio de 2016 y el 2 de noviembre de 2018. Las sentencias ordenaron retrotraer el procedimiento sancionador al momento inmediatamente anterior al acuerdo de rectificación de errores de 24 de abril de 2014 y adquirieron firmeza tras la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2018 que confirmó tal decisión.

Hay que tener en cuenta, además, que la última de las sentencias relacionadas con el expediente fue notificada a la CNMC el 7 de noviembre de 2018 y que en todas ellas se indicaba que la retroacción del expediente afectaba a todas las sancionadas en tanto que el procedimiento administrativo es único para todas ellas.

Por lo tanto, la CNMC tuvo que esperar a que le fueran notificadas todas las sentencias dictadas por la Audiencia Nacional para proceder a la ejecución del fallo dictado siendo notificada la última el 7 de noviembre de 2018 y reanudando el plazo la CNMC el día 12 de noviembre de 2018.

Al tratarse de la ejecución de una sentencia, la CNMC disponía de un plazo de dos meses, conforme al art. 104 LJCA para cumplir lo ordenado lo que, como vemos, realizó de forma diligente, no siendo de aplicación el art. 12 del Reglamento de Defensa de la Competencia. Es decir, la Administración disponía de plazo hasta el 7 de enero de 2019 para, en ejecución de sentencia, retrotraer el procedimiento administrativo hasta el momento inmediatamente anterior al acuerdo de rectificación de errores de 24 de abril de 2014 y proseguir las actuaciones.

Incluso aunque aceptásemos el criterio de la actora de atender a la notificación de la firmeza de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2018, que tuvo lugar el 16 de octubre de 2018, tampoco se hubiera producido la caducidad del procedimiento.

Efectivamente, desde el 23 de abril de 2014, momento al que debía retrotraerse el procedimiento, restaban 6 meses y 14 días para que finalizara el plazo del que dispone la CNMC para dictar la resolución y notificarla. Además, desde la reanudación del procedimiento, el 12 de noviembre de 2018, el plazo se suspendió en tres ocasiones más: (i) del 08/01/2019 hasta el 24/01/2019 (16 días) con motivo de la interposición de recursos administrativos basados en el art. 47 LDC; (ii) del 30/04/2019 al 30/05/2019 (30 días), debido a la remisión del expediente a la Comisión Europea en aplicación del art. 11.4 del Reglamento 1/2003 del Consejo; y (iii) del 31/05/2019 al 21/06/2019 (21 días) para requerir el volumen de negocios de las empresas incoadas.

Estas suspensiones suman un total de 67 días naturales que, conforme a lo dispuesto en el art. 12 del RDC, deben sumarse al término del plazo inicial.

Por lo tanto, al 12 de noviembre de 2018 había que añadir 6 meses y 14 días más los 67 días naturales de suspensión del plazo. De este modo, el último día del que disponía la CNMC para dictar la resolución recurrida y notificarla era el 2 de agosto de 2019 y como fue dictada el día 11 de julio de 2019 y notificada a CAPSA el día 12 de julio del mismo año, lo fue dentro de plazo no habiéndose producido la caducidad del procedimiento.

SÉPTIMO.- Denuncia seguidamente la recurrente la infracción de los arts 24.2 y 135 de la Ley 30/1992 por falta de motivación en la denegación de un medio de prueba y por no valoración de la denegación de la prueba. Se refiere a la falta de valoración de la testifical de D. Armando y a la denegación de la prueba pericial propuesta.

La resolución recurrida denegó la prueba pericial porque *"no aportaría un valor añadido para el análisis y valoración de las conductas aquí sancionadas"*.

Esa respuesta expresada en esos términos parece inmotivada, pero responde a la valoración de los hechos y calificación de la conducta de manera que al considerar la resolución recurrida que los hechos revelaban un intercambio de información la tipificación de esa conducta hacía innecesaria una prueba pericial para comprobar que existía o no correlación entre los precios apuntados por el sr. Armando y los fijados por CAPSA.

Podrá discutirse tal afirmación, pero no que la denegación de la prueba estuviera motivada en relación al razonamiento que sigue la resolución recurrida. Tampoco apreciamos indefensión pues la actora ha podido practicar esa prueba.

Respecto a la testifical del sr. Armando tampoco puede decirse que no se haya valorado pues la resolución desvirtúa sus afirmaciones al rechazar que la información la hubiera obtenido de los ganaderos, sino que procedía de las propias empresas y que los precios que reflejan sus anotaciones son presentes y futuros y no responden a cálculos del testigo como trabajador, primero de PULEVA y luego de LACTALIS.

OCTAVO.- Entrando a examinar las conductas objeto de sanción, conviene resaltar que CAPSA no discute la realidad de los contactos ni de los elementos probatorios que utiliza la resolución recurrida para justificar su participación en los intercambios de información sancionados. Únicamente discrepa de la interpretación que hace la resolución sancionadora y explica que las empresas transformadoras lácteas suscriben contratos con ganaderos para el suministro de leche cruda y en ocasiones sucede que una empresa compradora puede hallarse interesada en dejar de adquirir producto a un productor determinado y ceder su contrato a otro posible adquirente. La información intercambiada se limita a hacer posible esta operación.

Añade que las cesiones contractuales objeto de sanción son operaciones esporádicas que reflejan eficiencias (como la reducción de coste de transporte) y lo que se califica como un intercambio de información responde a una posible cesión de contrato y no puede hablarse de infracción por objeto porque la resolución no contiene análisis alguno de la nocividad del supuesto intercambio de información sobre "ganaderos".

A la vista de este planteamiento y en relación con la calificación de la conducta como restricción por objeto, tanto las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal de la Comisión Europea (2011/ C 11/01) como los precedentes judiciales a nivel comunitario refrendan que los intercambios de información entre competidores, en la medida en que tengan capacidad para debilitar o suprimir la incertidumbre que caracteriza un mercado competitivo, constituyen una restricción de la competencia por objeto teniendo en cuenta el contexto jurídico y económico del intercambio en cuestión.

Además de otros pronunciamientos como la sentencia del TJUE de 4 de junio de 2009, asunto C-08-08 T-Mobile, y la del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2018 Suzuki-Honda, en la sentencia de 5 de octubre de 2021, rec. 5807/2020, el Tribunal Supremo resume la doctrina jurisprudencial sobre los intercambios de información, señalando que *"la apreciación de los efectos anticompetitivos de un acuerdo de intercambio de información entre empresas competidoras exige tomar en consideración las condiciones y circunstancias en las*

que se producen las prácticas, singularmente, el marco concreto en el que se producen los acuerdos, el contexto económico y jurídico en el que operan las empresas, la naturaleza de los bienes y servicios contemplados, así como la estructura y condiciones reales de funcionamiento de los mercados afectados.

La calificación de un acuerdo de intercambio de información como infracción "por objeto" exige que resulte debidamente acreditado que tiene un grado suficiente de nocividad para la competencia mediante el examen de aspectos relevantes, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, tal como se expone en el FJº 4º.

Los intercambios de información sobre elementos que condicionan integran o afectan de manera relevante a los precios, aunque no se refieran directamente a precios finales, constituyen una infracción por objeto y pueden ser considerados como cártel".

En el presente caso, la prueba que resulta del expediente muestra como la información intercambiada sobre precios de compra, fuentes de aprovisionamiento como son los ganaderos (incluyendo su identidad y los volúmenes de compra de leche a los mismos) y excedentes de leche, constituye una información relevante para las empresas del sector lácteo porque tiene carácter estratégico para ellas y su puesta en común con el resto de los competidores reduce la incertidumbre entre las empresas y su necesaria competencia.

Hay que tener en cuenta que la información intercambiada entre empresas lácteas competidoras entre sí se produce, como refleja la resolución recurrida, en un contexto de gran desequilibrio entre los ganaderos y las empresas que les compran la leche y con fuertes barreras de entrada al mercado tanto en el ámbito de la producción como en el de la transformación.

Se trata de información desagregada y actual que se intercambia entre competidores de manera frecuente y continua durante un largo periodo de tiempo y en lo que se refiere a los precios, en muchas ocasiones se referían a precios recientes a mes vencido y en otras, a estrategias a adoptar respecto de los ganaderos.

Que la información intercambiada se refiere a precios recientes lo reflejan, por ejemplo, los informes de "aprovisionamiento Nadela 2006" o el de "aprovisionamiento mayo 2007 Granada" (folio 8635), así como las notas manuscritas (folio 8505).

Sobre precios futuros, pueden leerse las notas manuscritas (folios 8508 a 8509) o el contenido de la reunión de la Asamblea de la Asociación de Empresas Lácteas de Galicia (folios 606 a 610).

Tampoco se trata, como sostiene CAPSA, de operaciones esporádicas en las que el intercambio de información tiene por finalidad ceder el contrato de compra de leche a un ganadero a otra empresa adquirente.

Por el contrario, la prueba que obra en el expediente desvirtúa esa afirmación pues se ha acreditado que las empresas sancionadas celebraban reuniones en las que se compartía información relativa a la evolución de los precios futuros. Constan producidos contactos directos y bilaterales entre empresas referidos a precios muy recientes, desglosados por empresas, y se reflejan afirmaciones que ponen de manifiesto las reacciones de los competidores a las decisiones de cambios de precio.

Es decir, no ofrece duda que las empresas conocían las conductas ajenas por la transparencia del mercado surgida del intercambio de información estratégica entre aquellas. La información no se obtenía de los ganaderos sino de los propios competidores a través de reuniones y otros contactos entre las empresas.

En el caso de CAPSA, son especialmente ilustrativos para acreditar su participación en la conducta infractora:

El informe denominado "REUNION APROVISIONAMIENTO NADELA 2006" recabado en LACTALIS (folios 8637 y 8638) en el que se recoge que:

" Durante el transcurso del año 2006 en relación a precios se produjo una bajada lineal de 12 euros/lts. A ganaderos directos y grupos. La bajada principal se produjo en enero siendo complementada en febrero. Como de costumbre las tres empresas en anunciar la bajada de precios hemos sido Capsa, Lactalis y Puleva. Danone y Leche Pascual se apuntaron al carro a partir de febrero, con la excusa que si los demás bajamos ellos tenían que bajar".

Refleja la participación de CAPSA en el intercambio de información sobre la estrategia adoptada en materia de precios y que esa conducta era habitual.

En el informe también se hace referencia a un acuerdo de precios en el seno de la asociación GIL en el que están representadas las empresas lácteas:

" Desde el famoso Observatori de la LLet, que ahora ya tiene forma oficial de representación del sector y estructura por parte de la administración catalana, se tuvo varias reuniones donde las empresas representadas por el Gremi, expusimos la bajada de precios orientativa y que iba a suponer entorno al 4%. Creo que era lo que la parte ganadera quería oír porque en principio se estaba diciendo que la leche no iba a bajar en el mes de abril. (Capsa

decía que ellos iban a bajar y subir en Sepbre, cosa que no hicieron). A partir del mes de Abril tranquilidad absoluta en cuanto a precios y excedente de volumen hasta el mes de agosto."

Describe el anuncio de bajada de precios por tres de las principales empresas y la reacción del resto de competidores, lo que pone de manifiesto la reducción de la incertidumbre en el mercado y la ausencia de incentivos para competir.

Informe recabado en la sede de LACTALIS denominado "REUNIÓN APROVISIONAMIENTO MAYO 2007 GRANADA" (folio 8635):

" El año 2007 se inició con una tranquilidad de precios (comparativamente al 2006) en lo que se refiere a bajadas de precio. Capsa, Lactalis fueron los primeros en anunciar bajada de precio 12 euros en el mes de marzo. Danone que se apuntaba al carro no lo realizó hasta abril. Leche Pascual lo anunció en abril igual que nosotros. De todas formas, todas las empresas bajaron el precio y compensaron en parte por temas de calidades. En vista del panorama nosotros decidimos bajar 6 euros en el mes de abril. Negociando con los grupos de ganaderos, al cual compramos todas las industrias, el mensaje de bajada de precios era unánime en los 12 euros. Unas industrias lo anunciaban para el mes de marzo y otras para abril. También el mensaje que no entendían los gerentes es que aparte de bajar los precios, todos les emplazábamos a aumentar el volumen".

Describe el intercambio de información entre las empresas sobre la aplicación de nuevos precios y la asunción del acuerdo por las demás, así como el emplazamiento a los ganaderos a aumentar volumen, es decir, una estrategia coordinada.

Informe recabado en la sede de LACTALIS con título "REUNIÓN GRANADA JUNIO 2008" (folio 8641):

"En este apartado de precios la competencia ha reaccionado de diferentes formas. La bajada de febrero se aplicó en general menos Danone y Lleters de Catalunya (Iparlat). La de marzo se reguló por parte de Danone con una bajada de 42 euros. Finalmente, en abril Danone volvió a dar la campanada no bajando el precio, secundado por Leche Pascual que solo bajó 9 euros en los grupos, no así en el ganadero directo, al cual se le comunicó la bajada de 18 euros para el mes de mayo. Llegamos al mes de mayo y Danone anuncia una bajada de 12 euros. Leche Pascual reacciona y se acopla a la bajada de Danone. Capsa, Lactalis y Puleva si aplicamos las bajadas en su totalidad."

Se comprueba que CAPSA, aplica las bajadas de precio de forma coordinada con las demás empresas.

Otros elementos probatorios relevantes, como destaca la resolución recurrida, son las anotaciones manuscritas de la agenda de D. Armando, empleado de PULEVA, que revelan su conocimiento de los precios futuros que iban a aplicar otras empresas del sector y que solo pudo obtener de estas.

(i) Anotaciones de marzo de 2008 en las que se refleja el anuncio de CAPSA de bajada de precios para el mes de abril, además de un intercambio de información sobre estrategias comerciales (folio 8528):

" Sr. Celestino precios. Me anuncia que van a bajar (..) los precios en Abril. -Capsa (Admella) ha dejado de comprar leche a Coop. Vallfogonina."

(ii) Anotaciones de 4 de mayo de 2008 (folio 8531) que revelan el conocimiento de las estrategias de precios futuras de DANONE y PASCUAL:

"Danone. J Comas no baja precios. Quiere ver si los demás bajamos en abril.

Leche Pascual. - Eduard no baja hasta el mes de mayo por Danone"

(iii) Anotaciones de 23 de septiembre de 2010, en las que se exponen precios de competidores referidos a los meses de agosto, septiembre y octubre, noviembre y diciembre en relación con las empresas DANONE, CLAS, PASCUAL y PULEVA (folio 8551).

(iv) Anotaciones manuscritas de D. Armando de fecha 23 de septiembre de 2010, (folio 8551) en las que se mencionan precios de la competencia referidos a los meses de agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre:

"Danone Agosto 317 Sepbre 323 Octubre 329- Clas 328.5 =0 330- Nov Dic

L.Pascual 334 340 baja 331 -322- 322 Puleva 313 319 323"

La referencia a precios de CLAS es, en realidad, a los precios de CAPSA.

(v) Anotaciones del Sr. Armando acerca de la reunión del GIL de 18 de abril de 2001 (folio 8505) a la que asistieron las empresas LETONA (PARMALAT), NESTLÉ, GRUPO EL PRADO CERVERA, S.A. (LACTALIS) y CAPSA donde hubo contactos sobre precios y otras condiciones comerciales a través de la asociación catalana:

" Tema precios.

Danone se ausenta de Galicia por falta de entendimiento. LEÓN. Entre MARZO y ABRIL 3 ptas. CANTABRIA. López y Ramos presentes CLAS y RENY no hubo acuerdo para MARZO. Antes de final de mes habrá otra reunión. Si no hay acuerdo entre CLAS y RENY GALICIA. Bajada para ABRIL LECHE PASCUAL. Dice DANONE que quiere estar en el Gremio de Cataluña."

La referencia a CLAS se refiere a CAPSA.

El contenido de las anotaciones revela que la información que contiene procedía no de los ganaderos sino de las propias empresas como se deduce del contacto que el Sr. Armando tenía con los representantes de las empresas competidoras a través de correos electrónicos) y de las numerosas reuniones de las que daba cuenta en aquellas.

B) Contactos en las reuniones de los grupos "G4" y "G5".

En reuniones de estos grupos denominados G/4 y G/5, que designan a las 4 ó 5 empresas con más importancia en el sector lácteo, (CAPSA, PULEVA FOOD, LECHE PASCUAL y LACTALIS IBERIA) al menos desde 2003 se produjeron intercambios de información sobre precios.

Ejemplos de estos contactos que permitieron a las empresas allí establecer políticas coordinadas conociendo las estrategias comerciales de sus principales competidores se encuentran en las anotaciones manuscritas de D. Armando - trabajador de PULEVA y a partir de 2012 de LACTALIS de fecha 10/05/2007 (folio 8518), de 13/03/2009 (folio 8539), 09/01/2012 (folio 8559), 13/01/2012 (folio 8560) y 18/01/2012 (folio 8563).

C) Contactos a través de las asociaciones empresariales GIL y AELGA

En las reuniones de esas asociaciones en las que está representada CAPSA las empresas intercambian información sobre precios de compra de leche a ganaderos.

Por lo tanto, revisado el conjunto de la prueba entiende esta Sala acreditada, en particular respecto de CAPSA, la existencia de una infracción por objeto, de conformidad con lo señalado en los párrafos 72 a 74 de las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal porque en el contexto del mercado de aprovisionamiento de leche cruda de vaca en el que los ganaderos se encuentran en una situación de desequilibrio frente a las empresas adquirentes, estas intercambiaban información estratégica apta para restringir la competencia en dicho mercado.

La información intercambiada reúne las características que las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal aprobadas por la Comisión Europea (Comunicación 2011/ C 11/01 de 14 de enero 2011) permite calificar la conducta como colusoria, esto es, estratégica, desagregada, frecuente y que permite establecer una política común pues facilitaba a las empresas competidoras entre sí coordinar sus estrategias para ejercer un control sobre la industria ganadera que veía muy limitada su capacidad negociadora y les obligaba a someterse a las condiciones impuestas por aquellas.

NOVENO.- Sobre la existencia de una infracción única y continuada que CAPSA cuestiona haber cometido, 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, 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 «si 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 participantes 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 «acreditado 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).

Además, permite presumir que la infracción o la participación de una empresa no se ha interrumpido, aunque no se disponga de pruebas de la infracción durante algunos periodos específicos, siempre que las diferentes acciones que forman parte de esa infracción persigan una sola finalidad y puedan insertarse en una infracción de carácter único y continuo, apreciación esa que debe sustentarse en indicios objetivos y concordantes acreditativos de la existencia de un plan conjunto, STG 17 de mayo de 2013, T147/09 y T14 8/09 Trelleborg, (apartado 61). Con la infracción única y continuada se presume que, a pesar de periodos de aparente inactividad o donde no es posible desplegar toda la carga probatoria, la infracción continúe permitiendo la imputación de la responsabilidad por todo ese periodo de latencia.

La falta de prueba sobre la existencia de un acuerdo durante algunos periodos determinados o, al menos, en cuanto a su ejecución por una empresa durante un periodo concreto, «no impide considerar que la infracción existió durante un período global más largo que dichos períodos, a condición de que tal comprobación se base en indicios objetivos y concordantes. En el marco de una infracción que dura varios años, el hecho de que las manifestaciones del acuerdo se produzcan en períodos diferentes, pudiendo separarse por intervalos de tiempo más o menos largos, no influye en la existencia de dicho acuerdo, siempre que las diferentes acciones que formen parte de esta infracción persigan una única finalidad y se inscriban en el marco de una infracción única y continua [...]», STJUE 11 de enero de 2008, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, (apartados 57, 97 y 98), STJUE de 7 de enero de 2004 Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 52 supra, apartado 260), y STG Trelleborg, (apartado 59).

Esta circunstancia permite la imposición de una multa por la totalidad del periodo de infracción considerado y determina la fecha en la que empieza a correr el plazo de prescripción, a saber, la fecha en la que la infracción continua ha finalizado, STG Trelleborg, (apartado 62).

Las consecuencias son muy relevantes. (i) Permite que la infracción o la participación de una empresa en ella, no se haya interrumpido aunque no disponga de pruebas de la infracción durante algunos periodos específicos, siempre que las diferentes acciones que forman parte de esa infracción persigan una sola finalidad y puedan insertarse en una infracción de carácter único y continuo, siempre apreciación esa que debe sustentarse en indicios objetivos y concordantes acreditativos de la existencia de un plan conjunto; (ii) habilita la imposición de la multa por todo el periodo a cualquiera de los partícipes; (iii) y el plazo de prescripción queda interrumpido por la continuidad en la infracción.

No obstante, para permitir imputar este periodo intermedio de aparente inactividad, de actividad más reducida, o cuando estamos ante actos separados en el tiempo, no basta para poder sancionar la mera «referencia genérica a la distorsión de la competencia [...]» se requiere de indicios objetivos y concordantes de una eventual voluntad persistente de las demandantes de reactivar el cartel o de adherirse a sus objetivos para presumir válidamente una participación continua, aun pasiva, por parte de las empresas, STG Trelleborg, (apartados 61 y 62).

Por último, el supuesto carácter abusivo del recurso a la teoría de la infracción continuada no puede apreciarse in abstracto y depende en esencia de las circunstancias de cada caso concreto, y en particular de que el órgano sancionador consiga demostrar que se trata de una infracción única durante los diferentes periodos considerados, STG Trelleborg, (apartado 94). No obstante, se debe estar especialmente atento o actuar con la debida cautela puesto que «la Comisión podría postergar indefinidamente la prescripción y reducirla así a la nada, lo que es contrario al principio de seguridad jurídica.», (apartado 93).



Pues bien, la resolución recurrida aprecia la existencia de una infracción única y continuada, consistente en intercambios de información de las empresas lácteas sobre precios y condiciones comerciales, intercambios de información sobre los ganaderos (su identidad, volúmenes adquiridos y estrategias respecto de ellos) e intercambios de información sobre excedentes con la intención de llegar a acuerdos para la gestión de excedentes producidos en el seno de AELGA y que tendrían aptitud para incidir en el mercado de aprovisionamiento de leche de vaca cruda.

Explica la resolución recurrida y entiende acreditado la Sala que el objetivo común perseguido por las empresas sancionadas era controlar el mercado de aprovisionamiento de leche cruda de vaca durante el periodo infractor y es precisamente el intercambio de información entre las empresas lo que les ha permitido adoptar políticas conjuntas y coordinadas para garantizar su poder frente a los ganaderos y eliminar la incertidumbre competitiva en el mercado.

El intercambio de información sobre ganaderos permite a las empresas tener controlada la cesión de ganaderos entre ellas para asegurarse no tener que negociar precios con ellos (por ejemplo, subidas de precios al intentar captarlos).

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, lo que es contrario a las normas de un correcto funcionamiento del mercado. 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 de subir el precio final de la leche (o impedir una bajada) de manera que la industria láctea salga beneficiada (folios 596 a 599).

CAPSA rechaza esta calificación porque, a su juicio, no se ha acreditado el plan conjunto, no se ha demostrado su participación en la infracción y porque considera que el tiempo transcurrido entre el primer periodo de su intervención y el segundo supuso una interrupción que rompió su participación en una infracción continuada lo que determina la prescripción del primer periodo a efectos de la imposición de la sanción.

Destaca que en el periodo 2000-2003 y respecto de los hechos del periodo 2006-2012 existen diferencias temporales entre las conductas relativas al intercambio de información sobre ganaderos y en relación con las conductas sobre el intercambio de información sobre precios.

Ya hemos expuesto como entendemos acreditada su participación en la infracción y, además, las diferencias a las que alude no han demostrado la ruptura del objetivo común perseguido por las empresas sancionadas de controlar el mercado de aprovisionamiento de leche cruda de vaca durante el periodo infractor.

A juicio de la Sala, la prueba existente y que se ha descrito pone de manifiesto un plan común de las principales empresas lácteas de controlar el mercado de aprovisionamiento de leche de vaca cruda a través, precisamente de los intercambios de información referidos, lo que configura la infracción única y continuada, al margen de que no todas las empresas hayan participado en todas las conductas, como es el caso de CAPSA, respecto de la que la resolución recurrida individualiza su participación en dos conductas de intercambio de información en relación con precios y estrategias comerciales desde 2001 a 2003 y desde 2006 a 2012 e intercambio de información sobre ganaderos en los años 2000, 2011 y 2012.

No ofrece duda que en el contexto en el que se producían los intercambios de información se reduce la competencia entre las empresas, así como el precio de compra de la leche a los ganaderos pues el intercambio del conocimiento de los precios merma la competencia y facilita la coordinación de aquellas. El reparto de ganaderos y las amenazas de no recogida de leche restringen significativamente las posibilidades de negociación de aquellos frente a las empresas compradoras y el control de excedentes influye también en el precio.

La Sala, entiende acreditado que CAPSA conocía y participaba activamente del plan común como revela su intervención en las reuniones en las que se compartía información sobre precios de compra y se coordinaban estrategias comerciales, así como mediante contactos con las demás empresas sancionadas.

La resolución recurrida le hace responsable del periodo 2000 a 2003 y 2006 a 2012 si bien la actora sostiene que existe un periodo de interrupción de 29 meses en el que no consta que tuviera contactos con las demás empresas sancionadas por lo que las conductas que se le imputan en 2000 a 2004, a su juicio, han prescrito.

Por su parte, las entidades codemandadas advierten que CAPSA participó en reuniones el 9 de julio y el 17 de septiembre de 2003 (folios 8511-8513 y 8619 respectivamente) y el 16 de febrero y el 26 de julio de 2004 (folios 8514-8515 y 8643-8644 respectivamente) y que tuvo contactos con Nestlé en diciembre de 2004 (folio 2105).

Ahora bien, esos contactos no se han tenido en cuenta en la resolución sancionadora y, por tanto, no podemos basarnos en ellos para amparar la continuidad de la conducta en ese periodo intermedio.

Esto significa que tenemos tres años en que no se acredita actividad infractora de CAPSA en la conducta imputada. Concretamente, desde el documento de 9 de julio de 2003 (folios 15936 y 15937), unas notas manuscritas del Sr. Armando, de Puleva, relativas a una reunión a la que asistieron entre otras empresas, CAPSA, y en las que se hacía referencia de manera inequívoca a los precios para los próximos meses hasta el 2006, coincidiendo con la «REUNIÓN APROVISIONAMIENTO NADELA». Hay un vacío de más de tres años que, a juicio de esta Sala, rompe la continuidad de la infracción.

Ya hemos expuesto las consecuencias de la existencia de una infracción única y continuada, ahora bien, cuando nos encontramos, como aquí sucede con un periodo intermedio en el que no se dispone de pruebas de la infracción surge el problema de fijar el tiempo que debe transcurrir entre ambos, para poder valorar si las conductas deben integrarse en una sola y única infracción o podrían constituir dos o más infracciones consumadas en hitos temporales diferentes.

Respecto de cuál sería el tiempo razonable para que se considere interrumpida la continuidad de una infracción, la STG de 17 de mayo de 2013, Trelleborg, asuntos acumulados T-147/09 y T-148/09, establece un tiempo aproximado a los dos años pues, razona que «*la Comisión no dispone de ninguna prueba de la implicación de las demandantes en esos contactos multilaterales durante el período intermedio, que duró más de dos años, o de que hubieran participado en las reuniones que tuvieron lugar con objeto de reactivar el cartel, ni siquiera que hubieran tenido conocimiento de ellas [...]*» (apartado 66), periodo durante el que no existieron «*[indicios objetivos y concordantes que permitan apreciar la implicación de las demandantes en los contactos mantenidos durante el período de crisis del cartel [...]]*» (apartado 68).

No obstante, este periodo de tiempo tiene un valor meramente indicativo por lo casuístico de las situaciones a tratar, lo que obliga a valorar en cada caso concreto las circunstancias concurrentes ante la ausencia de un pronunciamiento público y expreso de apartamiento del cártel, como apuntaba la ya citada STJUE de 8 de julio de 1999 Comisión/Anic Partecipazioni, (apartado 50).

En el presente caso ya no estaríamos ante una sola infracción única y continuada sino ante dos infracciones distintas, una primera que va de los años 2000 al 2003 y otra del 2006 al 2012. La consecuencia es que, el 23 de julio de 2012, cuando se inició el procedimiento sancionador contra CAPSA, habían transcurrido más de los cuatro años previstos en el artículo 69.1 de la LDC, respecto de los hechos ocurridos entre 2000 y 2003, lo que implica la prescripción de las infracciones que pudieran haberse cometido en ese periodo y que solo resulte sancionable la conducta desde 2006 hasta 2012.

DÉCIMO. - Sostiene la actora que no se han acreditado efectos anticompetitivos derivados de la conducta sancionada, pero hemos de partir del contexto de mercado en el que se produce la conducta infractora porque, ha de insistirse, los ganaderos con el sistema derivado de la aplicación de la cuota láctea se encuentran en una situación de desequilibrio frente al gran poder negociador que ostenta la industria transformadora.

En ese contexto el intercambio de información permite que las empresas del sector lácteo se coordinen adoptando políticas comunes sobre precios y ganaderos reduciendo el nivel de incertidumbre y la competencia entre ellas.

La prolongación en el tiempo de las conductas consistentes en el intercambio de información sobre precios y condiciones comerciales evidencia el interés que suscitaba esta práctica entre las empresas participantes, pues de no ser así no se habrían mantenido durante años, ni habrían asumido el riesgo potencial que entrañaba en cuanto suponía un acuerdo entre competidores. La disminución, y más aún la desaparición de la competencia en el mercado, constituye por sí un efecto nocivo, y dicha desaparición, fruto de los intercambios de información, ha sido reconocida incluso por las propias empresas como se plasmó en el informe que lleva por rúbrica "PRECIOS ZONA CATALUÑA Y ARAGON AGOSTO 2007" (folio 8.633), en el que literalmente se dice que "La competencia directa entre las industrias que intervenimos en Cataluña no existe"

El análisis de la prueba revela que estamos ante una infracción por objeto, por lo que a pesar de los eventuales perjuicios que hubiera podido ocasionar en el mercado, para que sea sancionada no requiere, en este momento, que sean acreditados. Los intercambios de información versaron sobre datos de naturaleza estratégica que no se debieron compartir para fijar estrategias. Este comportamiento, por sí solo, es suficiente para reducir la incertidumbre y favorecer la coordinación y el objetivo de restringir la competencia, con la consecuencia directa de alterar el mercado.

La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2019, rec. 4323/2017, referida a un intercambio de información entre competidores indica que solo cuando no existen indicios suficientes para apreciar la existencia de una infracción por el objeto se puede exigir que se acrediten los efectos concretos de un acuerdo contrario a la competencia. Y que, tratándose de infracciones por objeto, no es necesario analizar la incidencia que dicha conducta infractora tiene sobre el mercado, ya que por su propia naturaleza son aptas para incidir

en el comportamiento de las empresas en aquel ni es posible rebatir esta afirmación mediante observaciones basadas en que los acuerdos colusorios no tuvieron efectos relevantes en el mercado.

Por esa razón, la calificación de la conducta como intercambio de información estratégica hace irrelevante la prueba pericial de RBB Economics que pretende acreditar que los precios que figuran en las anotaciones del sr. Armando son distintos a los realmente aplicados pues esa conclusión no desvirtúa el núcleo de la infracción, el intercambio de información estratégica entre empresas competidoras, apta para restringir la competencia.

DÉCIMOPRIMERO. - En cuanto a la sanción, CAPSA denuncia la infracción de los principios de igualdad, seguridad y confianza legítima y de la jurisprudencia que rigen el cálculo de sanciones en cuanto a la ausencia de propuesta de sanción en la Propuesta de Resolución.

Recuerda que el artículo 24.2 CE reconoce el derecho de toda persona a ser informado sobre la acusación formulada contra ella y la omisión denunciada le ha impedido hacer alegaciones.

Ciertamente, el art. 89.3 de la Ley 39/2015 dispone que:

" 3. En la propuesta de resolución se fijarán de forma motivada los hechos que se consideren probados y su exacta calificación jurídica, se determinará la infracción que, en su caso, aquéllos constituyan, la persona o personas responsables y la sanción que se proponga, la valoración de las pruebas practicadas, en especial aquellas que constituyan los fundamentos básicos de la decisión, así como las medidas provisionales que, en su caso, se hubieran adoptado."

Sin embargo, en el ámbito específico de las sanciones de competencia y en particular, las infracciones muy graves, se sancionan conforme al art. 63.c de la Ley con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.

Por lo tanto, es lógico que la propuesta de resolución, ex art. 34.1 del reglamento de Defensa de la Competencia, no contemple la cuantificación de la sanción en ese momento que se remite a una fase posterior, una vez que se aporta por la empresa su volumen de facturación a requerimiento del Consejo de la CNMC.

DÉCILOSEGUNDO. - Denuncia asimismo la infracción del artículo 64 LDC en cuanto al cálculo de la sanción impuesta porque, siguiendo la lógica que propugna la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, la proporcionalidad es un criterio general, no un criterio que deba operar como límite a posteriori. La CNMC debe fijar, de entrada, y con arreglo a cada uno de los criterios legales del precepto, una sanción proporcionada.

A partir de aquí considera que se han aplicado incorrectamente los criterios individuales del art 64 LDC porque no se han ponderado la "dimensión y características" del mercado afectado.

En cuanto al criterio del apartado b) solo se indica que la cuota es "superior al 50%", sin ninguna otra valoración.

Respecto del apartado C) alude a que el mercado afectado es el español en su totalidad ignorando que en el caso de CAPSA, las únicas conductas que se le imputan se refieren a la Comunidades de Cataluña y Galicia.

El criterio de la duración de la conducta, d), se aplica dos veces.

En cuanto al apartado e) no se ha acreditado la existencia de efectos.

Finalmente, se aplica incorrectamente el criterio de la letra f) del art. 64 LDC, a propósito del beneficio ilícito de la infracción porque el informe económico-financiero de los peritos de Sensum Finanzas aporta datos reveladores de la incorrecta aplicación del principio de proporcionalidad, del criterio de la letra f) y, en definitiva, del art. 64 LDC.

No apreciamos las infracciones a las que se refiere la recurrente.

La resolución recurrida cuantifica la sanción siguiendo los criterios establecidos por la STS de 29 de enero de 2015, recurso 2872/2013.

La actora describe los criterios utilizados para la cuantificación de la sanción que son los descritos en el art. 64 de la Ley 1572007 y que sirven para fijar un tipo sancionador general del 2,3%. A partir de ahí, para individualizar la conducta tiene en cuenta su duración individual, el volumen de negocios del mercado afectado por cada empresa, 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. Tiene en cuenta además que algunas empresas han participado en varias conductas por lo que merecen un mayor reproche sancionador (caso de CAPSA) que lo ha hecho con dos conductas.

A partir de aquí, podemos advertir que CAPSA es la empresa que presenta un mayor volumen de negocio en el mercado afectado, una mayor participación en el volumen de negocio del mercado afectado total por la infracción y una de las empresas cuyas conductas infractoras (dos) se han producido durante un periodo de

tiempo mayor. De ahí que se le fije un tipo sancionador del 3,5%, superior al de resto de empresas y que, como dice la resolución recurrida, son tipos adecuados a la gravedad y características de la infracción cometida por cada una de las empresas.

La sanción que procedería imponer a CAPSA es superior a la fijada en la resolución de la CNMC de 26 de febrero de 2015, razón por la que se le reduce a 21.864.645 euros.

Por lo tanto, la cuantificación de la multa no carece de motivación pues explica el proceso seguido para su determinación con sujeción a los criterios del art. 64 de la Ley 15/2007 y tampoco resulta desproporcionada a la vista de sus circunstancias. No apreciamos desproporcionalidad entre los márgenes de los tipos sancionadores aplicados a las empresas sancionadas que obligase a corregir criterios arbitrarios o no razonados de la Administración en el ejercicio de su potestad sancionadora.

Por lo demás, hemos declarado en varias sentencias, así, las de 7 de abril de 2022, recurso 34/2018 o 18 de junio de 2021, recurso 523/2016, que *« los criterios tenidos en cuenta para fijar el tipo sancionador aunque no cuantifique el porcentaje exacto que a cada uno corresponde sin que ello se traduzca en falta de motivación pues, como recuerda la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, asunto C-194/14 P, AC- Treuhand AG "a la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa (véase, en este sentido, en particular la sentencia Telefónica y Telefónica de España/Comisión, C-295/12 P, EU:C:2014:2062 , apartado 123/81). [...]»*.

DECIMOTERCERO.- En consecuencia, el presente recurso debe ser parcialmente estimado solo en lo que se refiere a la continuidad de la infracción única y continuada, que solo podrá ser sancionada a partir del año 2006 pues resulta acreditada que desde esa fecha la conducta realizada resulta contraria a los artículos 101.1 del TFUE y 1 de la LDC porque, como se ha expuesto, las empresas implicadas y entre ellas CAPSA, llevaron a cabo un ilícito y sancionable intercambio de información entre competidores.

DÉCIMOCUARTO. - Dada la estimación parcial del recurso, la Sala no hace un pronunciamiento especial sobre las costas causadas de conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la LJCA.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación,

FALLAMOS

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso interpuesto por el Procurador D. Aníbal Bordallo Huidobro, en nombre y representación de **Corporación Alimentaria Peñasanta (CAPSA)** contra la resolución de 11 de julio de 2019, dictada por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia por la que se le impone una sanción de 21.864.645 euros de multa, por la infracción de los artículos 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por la comisión de una infracción única y continuada consistente en un intercambio de información entre empresas transformadoras de leche cruda de vaca, resolución que anulamos en los términos establecidos en el fundamento de derecho noveno de esta sentencia, sin pronunciamiento en costas.

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.