



Roj: **SAN 589/2024 - ECLI:ES:AN:2024:589**

Id Cendoj: **28079230062024100064**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **12/02/2024**

Nº de Recurso: **2269/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0002269 /2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 14136/2019

Demandante: GRUPO LACTALIS IBERIA, S.L.U.

Procurador: D. ANTONIO ORTEGA FUENTES

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Codemandado: SOCIEDAD AGRARIA DE TRANSFORMACIÓN SAN ANTÓN, UNIONS AGRARIA-UPA Y O SEIXO, SOCIEDAD AGRARIA DE TRANSFORMACIÓN (OSSAT)

Abogado Del Estado

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

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a doce de febrero de dos mil veinticuatro.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 2269/19 promovido por el Procurador D. Antonio Ortega Fuentes en nombre y representación de **GRUPO LACTALIS IBERIA, S.L.U.**, contra la resolución de 11 de julio de 2019, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 11.692.998 euros. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado; y han intervenido como codemandados la Sociedad Agraria de Transformación San Antón, representada por la Procuradora D^a María José Bueno Ramírez; UNIONS AGRARIA-UPA, representada por la Procuradora D^a Silvia Vázquez Senín; y O Seixo, Sociedad Agraria de Transformación (OSSAT), representada por el Procurador D. Ignacio Tartón 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 sentencia por la que *"... con estimación del presente recurso contencioso-administrativo:*

a) Con carácter principal, declare la nulidad de pleno derecho de la Resolución por ser contraria a Derecho, con fundamento en las alegaciones formuladas en este escrito de demanda, todo ello con imposición de costas a la parte demandada.

b) Subsidiariamente, declare la nulidad parcial de la Resolución en lo referente a la sanción impuesta a LACTALIS por ser contraria al artículo 63.1 LDC, desproporcionada y contraria al principio de personalidad de las penas, en los términos expuestos en el presente escrito de demanda.

c) Subsidiariamente, declare la nulidad parcial de la Resolución a fin de que se reduzca significativamente el importe de la multa impuesta a LACTALIS, conforme a los términos expuestos en el presente escrito y en aplicación de los criterios legales de graduación de la sanción que resultan de aplicación".

SEGUNDO.- El Abogado del Estado y las entidades codemandadas Sociedad Agraria de Transformación San Antón, O Seixo, Sociedad Agraria de Transformación (OSSAT), y UNIONS AGRARIA-UPA, contestaron a la demanda mediante sendos escritos en los que suplicaban se dictase sentencia por la que se confirmasen los actos recurridos en todos sus extremos.

TERCERO.- Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 29 de noviembre de 2023, prolongándose la deliberación a sucesivas sesiones, siendo la última la de 24 de enero de 2024.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. Francisco de la Peña Elías, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A través de este proceso impugna la entidad actora la resolución dictada con fecha 11 de julio de 2019 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente NUM000 cuya parte dispositiva 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:

(...)

5. GRUPO LACTALIS IBERIA, S.A.

(...)

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

(...)

5. GRUPO LACTALIS IBERIA, S.A.: 11.692.998 euros

(...)

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 de dicha resolución pueden destacarse, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, los siguientes:

1. El Servicio para la Defensa de la Competencia de Castilla y León envió a la Dirección de Investigación de la CNC un informe de fecha 8 de marzo de 2011 titulado *"Estudio sobre el Sector de Leche Cruda en Castilla y León"* en el que ponía 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 del precio de la misma.

2. Con fecha 16 de septiembre siguiente Unions Agrarias-UPA presentó una denuncia contra las empresas transformadoras de leche recogida en Galicia y empresas distribuidoras de leche, haciendo particular mención de la dificultad de encontrar empresas alternativas a las que entregar la leche.
 3. La Dirección de Investigación, de conformidad con lo establecido en el artículo 49, apartado 2, de la LDC, inició una información reservada con el fin de determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación del expediente sancionador.
 4. Con fechas 11 y 12 de julio de 2012 se realizaron 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. Con la información obtenida en las referidas inspecciones, la Dirección de Investigación decidió, con fecha 23 de julio de 2012, la incoación de expediente 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 LDC consistentes en 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 el Director de Competencia, a la vista de la documentación obrante en el expediente y de conformidad con el artículo 29 del Reglamento de Defensa de la Competencia, 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. La Dirección de Competencia elaboró, con fecha 19 de marzo de 2014, el Pliego de Concreción de Hechos. Pliego que fue subsanado con fecha 24 de abril de 2014 al advertirse una serie de errores en relación con la responsabilidad 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. Con el acuerdo de 24 de abril de 2014 se reabría la instrucción del expediente bajo la justificación de *"subsana, de acuerdo con lo establecido en el artículo 105.2 de la Ley 30/1992, determinados errores materiales del apartado 6.3 del Pliego de Concreción de Hechos..."*.
 8. La entidad NESTLÉ ESPAÑA interpuso recurso de reposición frente a la decisión de la Dirección de la Competencia de corregir errores en el Pliego de Concreción de Hechos, recurso de reposición que se desestimó por resolución de 31 de julio de 2014 del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Y frente a este acuerdo, la mercantil NESTLÉ presentó recurso contencioso administrativo que se tramitó ante esta Sección Sexta de la Audiencia Nacional con el nº 343/2014 y que finalizó con sentencia estimatoria dictada en fecha 11 de julio de 2016 en la que se rechazó la posibilidad de calificar la conducta de la Dirección de Competencia de 24 de abril de 2014 como una mera rectificación de un error material ya que, en realidad, la Dirección de Competencia, al dejar sin efecto el acuerdo de cierre de la fase de instrucción, ya adoptado, y modificar el pliego de concreción de hechos ampliando la imputación, había alterado el procedimiento establecido, que no prevé una retroacción en ese trámite. Y la sentencia dictada concluía afirmando que *"esa lesión no deriva de la falta de audiencia, sino de la alteración del procedimiento sancionador, siendo así que la necesaria observancia de sus trámites constituye, como decíamos, la primera garantía para el sancionado."*
- Criterio que ha sido confirmado en casación por el Tribunal Supremo mediante sentencia dictada en fecha 24 de julio de 2018.
9. Mientras se tramitaba y se resolvía el proceso jurisdiccional, la Dirección de Competencia continuó con los trámites del expediente sancionador y, en fecha 1 de agosto de 2014, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 33.1 del RDC, procedió al cierre de la fase de instrucción con el fin de redactar la propuesta de resolución prevista en el artículo 50.4 de la LDC.
 10. La propuesta de resolución fue firmada por el Director de Competencia el 5 de agosto de 2014, y se notificó debidamente a las partes para que, de conformidad con el artículo 50.4 de la LDC, presentaran las alegaciones que estimasen convenientes.
 11. El informe propuesta fue elevado al Consejo con fecha 2 de septiembre de 2014, y en el mismo se contenía una propuesta de sanción por infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, del artículo 1 de la Ley 15/2007 y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

12. Con fecha 19 de noviembre de 2014, de conformidad con el artículo 11.4 del Reglamento 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, se informó a la Comisión Europea sobre la propuesta de resolución del procedimiento.

13. Posteriormente el Consejo, en Sala de Competencia, dictó resolución en su sesión de 26 de febrero de 2015 por la cual consideraba acreditada la comisión de 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, sancionando a las empresas y asociaciones frente a las que se había seguido el expediente en los términos que resultan de la misma resolución. En concreto, imponía a la entidad GRUPO LACTALIS IBERIA, S.A, una multa por importe de 11.692.998 euros.

14. Interpuesto por dicha empresa recurso contencioso administrativo, fue estimado en parte mediante sentencia de 20 de septiembre de 2018 (PO 216/2015) de esta Sala de la Audiencia Nacional, que anuló la resolución recurrida ordenando la retroacción del procedimiento al momento inmediatamente anterior a la adopción del acuerdo de subsanación de errores de 24 de abril de 2014. Como se destaca en la resolución que ahora se impugna, esta misma Sala ha dictado sentencia, con el igual pronunciamiento, en todos los recursos contencioso-administrativos interpuestos por las sociedades sancionadas por el Consejo de la CNMC el 26 de febrero de 2015.

15. Reanudada la tramitación del procedimiento en los términos acordados por las sentencias citadas, con fecha 21 de diciembre de 2018 se dictó propuesta de resolución, de la que se dio oportuno traslado a las incoadas, y que fue elevada a la Sala de Competencia el 8 de enero de 2019.

16. El 30 de abril de 2019, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó la remisión de información a la Comisión Europea prevista por el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo; y cumplimentado dicho trámite, requirió con fecha 30 de mayo de 2019 a las empresas a fin de que aportasen el volumen de negocios correspondiente al año 2018.

17. Finalmente, con fecha 11 de julio de 2019 la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC dictó la resolución que ahora se impugna.

SEGUNDO.- Tras referirse a las partes intervinientes en el expediente sancionador y analizar el mercado afectado, la resolución recurrida relaciona los hechos que entiende acreditados así como las pruebas que los sustentan, e indica su concreta localización en el expediente.

Asume a continuación la propuesta de la DC al considerar probada la existencia de conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 16/1989 y de la Ley 15/2007, así como por el artículo 101 del TFUE, constitutivas de 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.

Conductas de las que serían responsables las empresas y las asociaciones regionales incoadas.

Razona que el tipo de información que se ha acreditado, particularmente sobre precios de compra, fuentes de aprovisionamiento como son los ganaderos y excedentes de leche, resulta muy valiosa para las empresas y debe ser considerada información estratégica por lo que, dice, su puesta en conocimiento al resto de competidores rompe con la lógica empresarial y quebranta las normas básicas del correcto funcionamiento competitivo del mercado. En este sentido, destaca que el conocimiento que proporcionan los intercambios de información alcanza no solo a conductas pasadas de los competidores, sino también a sus intenciones futuras, y precisa que dicha información únicamente puede provenir de propia empresa titular, por lo que no comparte los argumentos que al respecto ofrecen lo que hace descartar la alternativa ofrecida por las empresas en sus alegaciones.

Pone de relieve tres elementos que dotarían al intercambio de información sobre precios de mayor trascendencia estratégica, como son el carácter desagregado de la información intercambiada, la frecuencia y continuidad con la que las empresas intercambiaban la información y la actualidad de la información.

Junto a la conducta consistente en los intercambios de información comercial sensible, la CNMC supone asimismo acreditado que las empresas intercambiaban información sobre ganaderos y acerca de la gestión de excedentes de leche dentro de la industria láctea, si bien esta última conducta no se atribuye a la entidad ahora recurrente, LACTALIS.

En cuanto a la información sobre ganaderos, argumenta que estos son los clientes que constituyen las fuentes de aprovisionamiento de la leche para su posterior transformación y comercialización de tal modo que el intercambio de esta información permitiría a las empresas adoptar una política común dirigida a

ejercer un control, que la CNMC califica de absoluto, sobre la industria ganadera, dependiente de la industria transformadora y por tanto obligada a someterse a sus exigencias.

TERCERO.- Hechas estas consideraciones generales acerca del contenido de la resolución recurrida que resultan imprescindibles para delimitar el alcance de la imputación, y en cuanto a los motivos que se esgrimen en la demanda, argumenta la representación de LACTALIS que se ha vulnerado su derecho a la defensa por cuanto la CNMC "... no ha tenido en consideración las alegaciones de LACTALIS al PCH"; y, además, porque la propuesta de resolución "... no incluye una propuesta de sanción".

En cuanto a lo primero, aduce literalmente lo siguiente:

"46. Du rante la instrucción del expediente de referencia, la CNMC vulneró los derechos de defensa LACTALIS al no tomar en cuenta sus alegaciones al PCH.

47. La s alegaciones de LACTALIS fueron presentadas dentro del plazo concedido a tal efecto en su versión confidencial de 14 de abril 2014. Sin embargo, la DC rechazó tenerlas en cuenta debido a que su versión no confidencial se presentó dos días más tarde, amparándose en una interpretación injustificadamente rigurosa del artículo 35 del Reglamento de Defensa de la Competencia ("RDC").

48. El trámite de alegaciones al PCH y proposición de pruebas es esencial en el procedimiento administrativo sancionador pues es el que da oportunidad a las partes de dejar sin efecto su imputación sobre la totalidad o parte de los hechos imputados, permitiendo acotar los ámbitos objetivos y subjetivos del expediente. Como manifestó el Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de noviembre de 1990 (...).

49. Po r tanto, estamos ante una vulneración de un derecho fundamental de nuestra representada que determinaría la nulidad de la Resolución con fundamento en lo establecido en el artículo 47.1, letras a) y f) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ("LPACAP"), al haber sido dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido".

Co nsidera por ello que "... la Resolución debería anularse por una vulneración de los derechos de defensa de LACTALIS".

Sin embargo, ha de decirse que los hechos relatados no pueden arrastrar la nulidad de la resolución pues no se ha justificado en qué medida la falta de valoración de las alegaciones al PCH en la versión confidencial presentada por LACTALIS, y a la que se adhirió PULEVA, le han producido efectiva indefensión.

Acerca del alcance de la omisión del trámite de audiencia, a la que es del todo equiparable el defecto denunciado aquí, hemos dicho en sentencia de 23 de abril de 2018 (recurso núm. 239/2016) lo siguiente:

"El primer motivo de la demanda plantea la nulidad de la resolución recurrida al haberse omitido el trámite de audiencia respecto de una cuestión que exigía su intervención, cual es la determinación de la sanción. Considera que se han infringido los artículos 41 y 42 de la LDC que obligaban al traslado a la expedientada del Informe Parcial de Vigilancia y la concesión de un trámite posterior de alegaciones, infracción que supone arrastra la nulidad de pleno derecho del acuerdo impugnado en aplicación de lo establecido en el artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , por la intensidad que atribuye a tal vulneración en relación a su derecho a la defensa; o, subsidiariamente, solicita que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la misma Ley , se anule la resolución por la infracción de los citados artículos de la LDC.

Pues bien, para que la omisión del trámite de audiencia determine la nulidad de pleno derecho de lo actuado por la Administración en un procedimiento sancionador es preciso que la misma haya generado indefensión al afectado, indefensión que ha de ser real y efectiva y no meramente aparental.

Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2005, recaída en el recurso núm.7668/1999 , "Determinadas sentencias del Tribunal Supremo relativizan este radical efecto y descartan que la falta de audiencia conlleve ineludiblemente la anulación del acto impugnado, sino que se precisa en cualquier caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63-2 de la ley 30/1992 la existencia de indefensión (entre otras las de 13 de octubre de 2000,16 de julio del año 2001 y 21 de mayo del 2002)".

Se remite en ella a lo razonado en la de 20 de octubre de 2004, en la que se dice que "la Administración ha de dictar sus resoluciones con imparcialidad y objetividad. Por ello, en la elaboración de sus actos debe observar, cuando proceda - artículo 105.c) de la Constitución - el trámite esencial de audiencia del interesado", añadiendo que "del trámite de audiencia puede prescindir la Administración cuando no figuren en el expediente ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado (artículo 91 de la Ley de Procedimiento Administrativo)" (hoy , 84 LRJPA). Por ello "... debe concluirse que el trámite de audiencia, que desde luego es un trámite importante y es garantía del administrado, no debe ser aplicado en

términos absolutos e indiferenciados a todos los actos administrativos: teniendo en cuenta que el citado artículo de la Constitución garantiza dicho trámite cuando proceda, es necesario atenerse a la naturaleza y alcance de los actos administrativos. El trámite de audiencia mira a la completa y eficaz defensa del interesado (artículo 24 CE), lo que exige que cuando se invoque la falta de audiencia, se examine y pondere el contenido del expediente en función de los preceptos constitucionales citados y el también citado artículo 91 LPA (hoy, 84 LRJPA), a los fines de que no se sustraiga al interesado ningún dato que deba conocer".

Y alude asimismo a lo resuelto en la de 30 de septiembre de 2004, la cual "recuerda el apartado 4 del artículo 84, que permite prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado. Sin embargo, la resolución recurrida "tomaba en cuenta" hechos, alegaciones y pruebas precisamente contrarios a los aducidos por el interesado. Sostiene esta sentencia que no toda omisión del trámite de audiencia genera por sí sola indefensión, sin embargo," (...) En el mismo sentido la sentencia de 12-12-2001 sostiene que el incumplimiento del trámite de audiencia no puede producir de modo automático la anulación del procedimiento en que la omisión ha tenido lugar. "En este sentido, ni el artículo 105 de la Constitución Española contempla la "audiencia del interesado" como un trámite inexorable, sino sólo "cuando proceda", ni el artículo 84 de la L.R.J.A.P. y P.A.C. lo preceptúa como forzoso, contrariamente, dicho precepto expresamente admite la posibilidad de prescindir de él. Por tanto, habrá de estarse a las circunstancias del caso contemplado y decidido, para determinar el alcance de su omisión. Desde esta perspectiva, es evidente que el demandante no ha puesto en el recurso de relieve la indefensión material que, de esta circunstancia, la falta de audiencia, se le ha derivado. Se ha limitado a alegar la infracción del principio de audiencia, pero sin poner de relieve el alcance material que de dicha omisión se ha derivado".

En el supuesto analizado, la mera invocación de la indefensión por no haberse tomado en consideración a las alegaciones al PCH presentadas en versión confidencial, a la vista de la jurisprudencia descrita, insuficiente para determinar la nulidad de pleno derecho que postula la recurrente, nulidad que ha de ser en todo caso objeto de interpretación restrictiva conforme a constates pronunciamientos del Tribunal Supremo que, por conocidos, resulta ocioso reiterar aquí.(...) resulta conveniente hacer dos consideraciones: En primer lugar, que la demandante no ha precisado en qué medida la falta de audiencia le ha generado indefensión. Es decir, qué es lo que podría haber alegado en el trámite omitido que pudiera haber cambiado el sentido de la resolución al punto de que, por impedírsele, la Administración hubiera cercenado su derecho a la defensa, cuya invocación queda entonces en una mera alegación genérica, insuficiente, con arreglo a la jurisprudencia citada, para provocar la nulidad del acto.

Y, en segundo término, que al permitirle impugnar mediante un nuevo recurso contencioso administrativo la decisión de la CNMC se aseguran a la entidad afectada todas las garantías inherentes al proceso..."

Sentencia que fue confirmada en casación por la del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2019, recurso núm. 5246/2018.

No puede desconocerse, además, que la recurrente pudo hacer valer sus alegaciones frente a la propuesta de resolución en la que, en contra de lo que argumenta, cabe cuestionar todos los extremos de la misma, también los fácticos, y reiterar las alegaciones formuladas en trámites anteriores, por lo que es indudable que no se ha generado la indefensión que denuncia.

Por lo que se refiere al hecho de que la propuesta de resolución no incluyera una propuesta de sanción, entiende LACTALIS que dicha omisión infringe lo dispuesto en el artículo 89.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, según el cual "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. Cuando la instrucción concluya la inexistencia de infracción o responsabilidad y no se haga uso de la facultad prevista en el apartado primero, la propuesta declarará esa circunstancia".

Tampoco podemos compartir esta interpretación que no tiene en cuenta que el artículo 45 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, establece que "Lo s procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se regirán por lo dispuesto en esta ley y su normativa de desarrollo y, supletoriamente, por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 70 de esta Ley".

La aplicación de la Ley 30/1992, y hoy de la Ley 39/2015, tiene por tanto carácter supletorio respecto de la Ley de Defensa de la Competencia y sus normas de desarrollo, entre las que se encuentra el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, cuyo artículo 34 se refiere al contenido de la propuesta de resolución. Dispone dicho precepto que "La propuesta de resolución

deberá contener los antecedentes del expediente, los hechos acreditados, sus autores, la calificación jurídica que le merezcan los hechos, la propuesta de declaración de existencia de infracción y, en su caso, los efectos producidos en el mercado, la responsabilidad que corresponda a sus autores, las circunstancias agravantes y atenuantes concurrentes y la propuesta de la Dirección de Investigación relativa a la exención o reducción del importe de la multa a la que se refieren los artículos 65 y 66 de la Ley 15/2007, de 3 de julio. Cuando la Dirección de Investigación considere que no ha quedado acreditada la existencia de prácticas prohibidas pondrá de manifiesto dicha circunstancia en su propuesta de resolución".

Por tanto, no prevé que en la propuesta haya de incluirse el importe de la sanción a imponer, lo que es del todo coherente con lo establecido en el artículo 53 de la Ley 15/2007, cuyo apartado 2 atribuye al Consejo de la CNMC la competencia para la imposición de las multas, al igual que el 38.3 del Real Decreto 261/1988.

Por lo demás, es esta una cuestión sobre la que también nos hemos pronunciado en sentencia de 27 de julio de 2020, recurso núm. 478/2016, cuyo fundamento de derecho octavo hace las consideraciones siguientes:

"Denuncia la recurrente que la Propuesta de Resolución notificada por el SDCM a REICOMSA, de fecha 18 de junio de 2015 en el expediente NUM001 - obrante en folios 3941 a 4050 del expediente - no contiene ninguna mención ni proposición concreta en materia de sanción económica que se le fuera a imponer por el Consejo de la CNMC, en aplicación del artículo 63 de la LDC.

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

Sin embargo, en el ámbito específico de las sanciones de competencia y en particular, las infracciones muy graves caso de los carteles 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".

CUARTO .- Sostiene LACTALIS que la resolución vulnera el principio de presunción de inocencia ya que *"... la CNMC no aporta pruebas de cargo suficientes que superen el estándar de prueba exigido por la jurisprudencia en el ámbito sancionador para desvirtuar la presunción de inocencia de LACTALIS".*

No obstante, antes de analizar si, en efecto, existe esa insuficiencia probatoria, debe hacerse una consideración sobre la sistemática de la resolución recurrida que, entendemos, tiene indudable relevancia sobre esta cuestión.

La resolución de 11 de julio de 2019 rubrica su apartado IV como *HECHOS*, y en el mismo se relacionan lo que califica como *"Hechos acreditados sobre los acuerdos e intercambios de información estratégica entre las principales empresas que operan en el sector"*. Incluye aquí los *"Contactos sobre precios y otras condiciones comerciales"*, *"Contactos sobre ganaderos"* y los *"Contactos sobre excedentes de leche"*, teniendo en cuenta que los intercambios de información, que es la conducta sancionada, tendrían, precisamente, esos tres objetos, como resulta de la declaración de responsabilidad de la que trae causa la imposición de la sanción.

Sin embargo, es lo cierto que la misma resolución acota dicha responsabilidad de manera expresa en el apartado 4.7 (que titula *"Responsabilidad de las empresas"*) de sus *FUNDAMENTOS DE DERECHO*.

En ese apartado, y respecto de la empresa actora, la resolución dice, literalmente, lo siguiente:

"5. GRUPO LACTALIS IBERIA S.A.

Consta acreditada su participación en el intercambio de información entre las industrias lácteas en relación con precios y estrategias comerciales, desde 2003 hasta 2012, a excepción de 2005.

Años 2003 (folio 2.101); 2004 (folios 1.753 y 1.754); 2006 (folios 8.637 y 8.638); 2007 (folios 8.522, 8.633 a 8.635, 8.701 y 8.517); 2008 (folios 8.533, 8.531, 8.527 y 8.641); 2009 (folios 606 a 610, 8.538 y 8.544); 2010 (folio 8.551); 2011 (folio 8.557 y 1.945); 2012 (folio 8.563).

Asimismo, ha participado en intercambios de información sobre ganaderos, en 2008 y desde 2010 a 2012.

Años 2008 (folio 2.545); 2010 (folios 1.863 a 1.868, 8.662, 4.062 a 4.064); año 2011 (folios 8.616 y 8.674); año 2012 (folios 8.628, 8.562, 8.617, 8.630, 8.610)

(...).

... en la medida en que LACTALIS es la sucesora de PRADO CERVERA, procede imputar a la primera las conductas de PRADO CERVERA consistentes en el intercambio de información entre las industrias lácteas en relación con

precios y estrategias comerciales, de 2001 a 2004 (folios 8.505 y 8.507, 8.510 y 8.511, 8.514 y 8.515, 8.619), y en el intercambio de información sobre ganaderos, en el año 2000 (8.502)."

Hacemos esta precisión porque entendemos que la única prueba que cabe analizar para determinar si, ante la denuncia de LACTALIS, se ha acreditado suficientemente su participación en la comisión de la infracción que se le atribuye, es la que refleja dicho apartado.

Y ello porque ha sido la misma CNMC la que de manera explícita ha limitado la prueba de la intervención de la recurrente en los intercambios de información a la que resulta de los folios que menciona en el apartado 4.7, y que relaciona con cada uno de los años que cita. Al margen entonces de que en el apartado *HECHOS* pudiera incluir otros que se refieran también a la conducta de LACTALIS.

Dicho esto, se atribuye a LACTALIS la participación en la infracción en los períodos febrero 2000-julio 2004 y enero 2006-junio 2012; y se justifica su intervención, en concreto, en el intercambio de información entre las industrias lácteas en relación con precios y otras estrategias comerciales en los siguientes folios:

Año 2003: Folios 2.101.

Año 2004: Folios 1.753 y 1.754

Año 2006: Folios 8.637 y 8.638.

Año 2007: Folios 8.522, 8.633 a 8.635, 8.701 y 8.517.

Año 2008: Folios 8.533, 8.531, 8.527 y 8.641.

Año 2009: Folios 606 a 610, 8.538 y 8.544.

Año 2010: Folio 8.551.

Año 2011: Folios 8.557 y 1.945.

Año 2012: Folio 8.563

Y su participación en el intercambio de información sobre ganaderos en los siguientes folios:

Año 2008: Folio 2.545

Año 2010: Folios 1.863 a 1.868, 8.662, 4.062 a 4.064

Año 2011: Folios 8.616 y 8.674.

Año 2012: Folios 8.628, 8.562, 8.617, 8.630 y 8.610.

A ello se añade la responsabilidad asumida por LACTALIS en cuanto sucesora de la entidad PRADO CERVERA respecto de las conductas atribuibles a esta en el intercambio de información entre las industrias lácteas en relación con precios y estrategias comerciales, años 2001 a 2004 (folios 8.505 y 8.507, 8.510 y 8.511, 8.514 y 8.515, 8.619), y en el intercambio de información sobre ganaderos, año 2000 (folio 8.502).

Pone de relieve la recurrente que no existen pruebas directas de su participación en las conductas que se le imputan, y que, por el contrario, habría aportado explicaciones alternativas y razonables respecto de su intervención, además de que la CNMC ignoró pruebas de descargo que evidenciarían que no tomó parte en los intercambios sancionados. Dice al respecto que *"... prácticamente todos los documentos sobre los que descansa la acusación de la CNMC para fundamentar su imputación contra LACTALIS son comunicaciones internas entre trabajadores de una misma empresa o anotaciones personales que ni siquiera iban destinadas a ser comunicadas a un tercero"*.

Refiere así que LACTALIS habría justificado a lo largo del expediente que *"... las informaciones recogidas sobre los precios de compra de leche aplicados por algunos competidores de PULEVA respondían únicamente a las labores de inteligencia comercial llevadas a cabo por los empleados de PULEVA y no a hipotéticos intercambios de información con empresas competidoras"*.

En este sentido, ha de decirse que es lo cierto que la práctica totalidad de la prueba acopiada en el expediente está constituida por correos electrónicos de las empresas; anotaciones contenidas en la agenda de D. Balbino, responsable de compras de leche de PULEVA en la zona de Cataluña; e informes internos relativos a distintas reuniones entre empresas del sector.

Pues bien, la demandante cuestiona el valor probatorio de todo ello por cuanto los correos internos de otras empresas no tienen, a su juicio, eficacia incriminatoria respecto de terceros que no han intervenido en ellos, como sucedería con LACTALIS.

Y en cuanto a las anotaciones e informes del Sr. Balbino, entiende que se trataría de informes internos de un empleado que habría recabado información sobre el mercado por lo que califica como medios de inteligencia comercial y, en particular, por sus contactos con los ganaderos. Estas notas no tendrían más alcance que la descripción del mercado, sin que hayan sido contrastadas con otros medios de prueba, ni justifiquen de ningún modo que obedecieran a contactos entre competidores.

Discrepamos, sin embargo, de estas conclusiones a la vista de la prueba descrita en la resolución y a la que se refiere esta al justificar la responsabilidad de LACTALIS.

La primera mención que hay en la resolución a la prueba incriminatoria de LACTALIS remite a un correo interno de NESTLÉ de fecha 31 de octubre de 2003, titulado "precio octubre", en el que se evidencia que esta empresa conocía las estrategias sobre precios seguidas por las empresas PULEVA, DANONE, LAGASA, LACTALIS y LENCE. En relación a LACTALIS señala que *"... ha pedido leche para todo este mes al resto de empresas; debido a la pérdida sufrida desde el mes de julio (50.000 lts/día) el precio para ellos es secundario; estaban pagando por debajo del resto y se han tenido que poner como mínimo al mismo nivel; han subido más de cuatro pesetas en total comenzando en julio hasta septiembre; para octubre han dicho que no pueden dejar ir a nadie por precio salvo los ganaderos que ya tienen mejor pagados; un ejemplo: se les va a marchar Jesús Carlos, ganadero que tiene un sindicato y está en el Ligal, cuando está cobrando a 54,50 ptas/lit+calidad+IVA continúa con la subida que había pactado con sus cooperativas (subir una peseta en agosto, septiembre y octubre); ha trasladado esta subida en mayor o menor medida según zonas al resto de su recogida"*.

A lo largo de los años durante los que se habrían prolongado los intercambios, son diversas las pruebas que relacionan a LACTALIS con los intercambios de información sobre precios y condiciones comerciales, como el informe recabado en la inspección de la empresa aquí demandante que obra a los folios 8.637 y 8.638 y que lleva por título "REUNION APROVISIONAMIENTO NADELA 2006", en el que se menciona el anuncio de bajada de precios por parte de tres de las principales empresas y la reacción de las restantes a ese anuncio: *"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]. En el informe también se cita un acuerdo de precios por parte de las empresas perteneciente a la asociación GIL: *"las empresas representadas por el Gremi expusimos la bajada de precios orientativa y que iba a suponer entorno al 4%"*.

Las pruebas de la existencia de intercambios de información en los años 2007 (folios 8.522, 8.633 a 8.635, 8.701 y 8.517) y 2008 (folios 8.533, 8.531, 8.527 y 8.641) son, en opinión de esta Sala, suficientemente expresivas de la participación de LACTALIS en los intercambios de información que se sancionan. Téngase en cuenta, además, que muchas de estas pruebas fueron recabadas en la inspección de la empresa recurrente.

La demandante cuestiona el valor de dichas pruebas por entender que se trata de informes internos de un empleado que recoge sus impresiones sobre el mercado (habla de labores de inteligencia comercial). Y supone que carecen de contenido anticompetitivo pues se limitarían a describir el funcionamiento del mercado, además de que no prueba la existencia de intercambio de información entre operadores.

Basta la mera lectura del informe antes citado de la reunión "NADELA 2006", o de las anotaciones manuscritas del folio 8.533 (con indicaciones relacionadas con la reunión del GREMI y expresivas de las variaciones de precios de las diferentes empresas, con mención específica a las de LACTALIS correspondientes a los meses de septiembre y octubre), para constatar que los intercambios de información existieron en realidad.

Respecto del año 2008, son igualmente demostrativas de ese intercambio las anotaciones que obran al folio 8.527: *"Llamada Sr.... Comentarios sobre los precios y sobrantes de leche", "Sr. Marco Antonio precios. Me anuncia que van a bajar más los precios en abril"*.

Podemos citar el informe recabado en la sede de LACTALIS que, bajo el título "REUNIÓN GRANADA JUNIO 2008", señala lo siguiente:

"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." (folio 8641)

Son asimismo destacables los contactos mantenidos entre las empresas incoadas en el GIL, como lo prueban las notas manuscritas fechadas en 8 de octubre de 2008, en la que se describe una reunión del GIL celebrada en la sede de "DANONE" sobre precios.

"DANONE- Catalunya.

Septiembre (...) Resto 18€/1000 lts Octubre. Individual y grupo España Galicia/Asturias 3 ptas

Resto Octubre Catalunya le quedará el precio medio a 61 pts

Leche Pascual. - 1 setbre/bajada 2 ptas y 1 Octubre

Lactalis - 2 ptas/septbre y 1 Octubre.

Copirineo Sepbre 60 pta todos iguales . (bajada 2 ptas)

Nestle. Bajada 3 ptas directo fuera de Catalunya" (folio 8.533).

Puede mencionarse, también a título de ejemplo, el documento titulado "PLANTILLA RESUMEN SEMANAL LACTALIS", adjunto al correo electrónico interno de LACTALIS de fecha 16 de agosto de 2011, y que obra al folio 8.627, cuyo contenido es el siguiente:

"He hablado con el responsable Catalunya de Leche de Pascual y me ha confirmado precio de 336 base más prima doble AA. Compartimos cooperativa Alt Emporda Plana vic y Vaquers. Precio nuestro 319 con recogida".

En el caso de PRADO CERVERA, empresa adquirida por LACTALIS y a la que sucedió en sus responsabilidades, su participación en los intercambios de información aparece acreditada desde el año 2001 con las anotaciones manuscritas relativas a diferentes reuniones, y así la que tuvo lugar en abril de 2001 y en la que consta la asistencia del representante de dicha empresa (folio 8.505), reunión en la que se abordó el "Tema Precios", con referencia a zonas concretas e indicación de las pesetas/litro de variación de los precios. Las notas manuscritas del Sr. Balbino documentan reuniones posteriores (folios 8.507, 8.510 y 8.511, 8.514 y 8.515, 8.619) en las que intervino dicha empresa o LETEL, marca de PRADO CERVERA el representante de

Consideramos innecesario, por reiterativo al constar en la resolución, reproducir todas y cada de las pruebas que han servido para justificar la participación de LACTALIS en la infracción.

Pero sí resulta obligado examinar las alegaciones de la demandante que se dirigen a desvirtuar el valor de estas pruebas por su procedencia, y por documentar y referirse a datos que considera que son conocidos, o que podían serlo sin que por ello se hubiera consumado el intercambio de información que sanciona la CNMC.

En primer lugar, y respecto de la explicación que proporciona LACTALIS respecto de las fuentes de información del Sr. Balbino en el sentido de que era la persona encargada de negociar con los ganaderos y en el contacto con ellos obtenía los datos que después refleja en sus anotaciones, carece a juicio de esta Sala de toda credibilidad.

Y no solo porque en ocasiones tales datos anuncian propósitos futuros de las empresas lácteas que los ganaderos no tenían por qué conocer, sino también porque, cuando reflejan hechos presentes, o que han pasado ya, implican un nivel de conocimiento e información sobre la actuación de las empresas que no cabe atribuir a los ganaderos.

En todos estos casos, ante la precisión de la información que recogen las anotaciones y la apariencia que sugieren de que tienen su origen en un intercambio de información entre empresas competidoras constitutivo de infracción, debería LACTALIS haber acreditado el modo concreto por el que tuvo un conocimiento tan exacto de esos datos, al menos de los referidos a la misma empresa actora, con mención de los ganaderos que se los suministraron y las circunstancias en que se produjo dicho conocimiento, lo que permitiría contrastar las fuentes y averar su versión.

Nada de eso se ha hecho, y desde luego resulta insuficiente la sola versión del Sr. Balbino, empleado entonces de PULEVA y a partir de 2012, de LACTALIS; o la finalidad que se atribuye a esas anotaciones, la de servir como "... notas preparatorias de las conversaciones que mantenía con su superior jerárquico (...) para analizar el posicionamiento de PULEVA frente a sus principales competidores en Cataluña la de preparar las reuniones con los responsables de PULEVA" pues, en todo caso, dicha finalidad no exoneraría de responsabilidad a la empresa de ser el origen de la información, como entendemos probado, el intercambio con otras competidoras, ya que se estaría perjudicando el normal funcionamiento del mercado.

Y si el intercambio de información estratégica sobre precios y condiciones comerciales estaría suficientemente acreditado en razón a lo expuesto, la segunda conducta que se atribuye a LACTALIS, el intercambio de información sobre ganaderos tiene una base probatoria también suficiente en el expediente administrativo.

En este sentido, se refiere la resolución a las notas manuscritas (PULEVA nuevamente) de fecha 29 de febrero de 2000, que resumen una reunión del Gremio a la que asistió, entre otras, GRUPO EL PRADO CERVERA, S.A., CAPSA, y en la que se propuso lo siguiente:

"Sr. (dato personal) afirma que continua con el ofrecimiento de cambiar volúmenes de compra de Sr. (dato personal)"(folio 8502).

Ob ra en el expediente un correo interno de NESTLÉ de fecha 15 de febrero de 2008 en el que se alude a la práctica consistente en la cesión de ganaderos a otras empresas competidoras : *"Buenos días; según lo anterior deberemos evaluar qué cantidades son recuperables de tasas pendientes de ganaderos que se hayan cambiado a otras empresas (es decir, no los activos, ni los que se han acogido al abandono, ni los que hemos cedido a otros como Lactalis); (...)"*

Ya en el año 2011, en correo electrónico interno recabado en la sede de LACTALIS, de fecha 30 de agosto de 2011, y asunto "BAJA GANADERO", se indica (folio 8.616):

"Buenos días (dato personal) ayer por la tarde me llamó el ganadero (...) para comunicarme que el día 1 de septiembre se cambiaba de empresa.

Este ganadero tiene una producción diaria de 3.300 litros día. Se va a la Cooperativa de Guissona. Le han ofrecido cobrar la leche a 330 euros. (...)"

En correos internos recabados en la sede de LACTALIS de fecha 23 de enero de 2012, titulados "Reunión con CAPSA", se hace referencia a las reuniones anteriores recogidas en las anotaciones de la agenda (folio 8.617):

"... (dato personal), es interesante la información de CAPSA. Podemos saber donde deja los 30 restantes? Puede interesarle a Forlactaria.

Si hay zonas interesantes para Forlactaria, quiero que lo coordines con (dato personal). Hablo con él para que se ponga en contacto contigo."

"Buenas noches (dato personal), paso a resumirte la reunión mantenida con Capsa, provocada principalmente por las próximas jubilaciones de personal de ambas sociedades.

Asisten: (dato personal) (dato personal) y (dato personal) por Capsa, por Lactalis (Puleva), (dato personal) y (dato personal).

Motivo: Intentar intercambiar ganaderos para reducir gastos de transporte y desplazamientos de inspectores, en la zona de Lérida (Capsa) y Gerona (Lactalis).

Nos sorprendió que con independencia de que el intercambio de ganaderos se pueda producir más adelante, estando Capsa predispuesta a ello, lo que más les preocupa en este momento, transmitido por la Dirección de Capsa el pasado lunes, es dejar de recoger en el campo 50 M de lts, lo antes posible, 20 M en Cataluña.

En esta región, tan sólo tienen 4 ganaderos sin contrato (1 en Casá, 2 en Perelada y 1 en Figueras), con un volumen de 10 M de lts, los cuales nos ofrecieron de primera mano, el resto de lts, otros 10M, los tienen repartidos en cisternas de Cooperativas(...)"

Puede mencionarse el correo electrónico interno de LACTALIS de fecha 30 de marzo de 2012, en el que se pone de manifiesto un contacto entre competidores sobre el ganadero granja Can Feliu:

"Buenos días, Me acaba de llamar (dato personal) de Capsa que de momento hasta que no encuentren comprador les van a continuar recogiendo la leche. Me parece correcto no contestar a su correo y si te parece no voy a llamarle hasta que no se aclare todo el embrollo.

Saludos." (folio 8.628)

En un correo de la granja Can Feliu a LACTALIS, de 5 de junio de 2012, se remite un escrito del día anterior en el que pone en conocimiento su situación de discriminación en el mercado de leche cruda, y ofrece a LACTALIS, DANONE, PASCUAL, IPARLAT y CAPSA, un programa de recogida aceptando por adelantado el precio que puedan pagar las empresas. Correo que LACTALIS reenvía CAPSA, sin añadir más texto (folios 8.630 a 8.631).

Las críticas que se vierten en la demanda sobre la imposibilidad de atribuir eficacia probatoria a los documentos y correos internos de terceros, o a informes que no son emitidos por la misma empresa, o el valor que puede reconocerse a las anotaciones manuscritas del Sr. Balbino una vez dadas las explicaciones a las que nos hemos referido antes, no justifican, a juicio de esta Sala, y en el ejercicio de las facultades que le asisten para la libre valoración de la prueba, que deba concluirse que no existió el intercambio de información que se sanciona.

La prueba, numerosa por otro lado, acumulada en el expediente y relacionada en la resolución sancionadora, debe ser ponderada en su conjunto, y entonces evidencia que se han consumado conductas que se integran sin dificultad en el intercambio de información.

Desde luego, no puede negarse toda eficacia probatoria a los documentos de terceros solo porque no haya intervenido en su elaboración la empresa sancionada. Las referencias a terceros que ponen de manifiesto conductas anticompetitivas constituyen un elemento incriminatorio más, especialmente cuando resultan también autoinculcados quienes elaboran dichos documentos o emiten los correos internos, pues no resulta creíble que, con la finalidad consciente de perjudicar a un competidor, puedan crear una prueba ficticia que les perjudica a ellos de manera más directa.

Por otra parte, el contenido de los correos, anotaciones, actas e informes contribuye decisivamente a formar la convicción de que se produjo un intercambio de información anticompetitivo pues, como hemos visto, se recogen datos muy concretos sobre precios y condiciones comerciales, sin que se aporte una explicación alternativa plausible sobre el origen de dicha información que no sea el intercambio entre empresas.

En definitiva, si las anotaciones de tercero, los correos internos, o los informes sobre reuniones elaborados por una concreta empresa, aisladamente considerados, pudieran ofrecer dudas acerca de la comisión de la infracción, la valoración conjunta de todo ello, al apuntar en idéntica dirección, que no es otra que la evidencia de la participación del LACTALIS en los intercambios de información que se le imputan, constituye una prueba solvente de su conducta anticompetitiva.

Las explicaciones alternativas ofrecidas por la demandante (prácticas habituales, inteligencia comercial, razones de eficiencia, transparencia del mercado,...), no consiguen alterar la convicción de esta Sala acerca de su participación activa en los intercambios de información a la vista de la contundencia y claridad del material probatorio descrito.

Finalmente, no podemos dejar de destacar las peculiaridades que presenta la prueba de esta clase de infracciones.

En sentencia de esta Sección de 27 de junio de 2022, recurso núm. 297/2017, hemos señalado lo siguiente: *"Vistas las diferentes posturas que mantienen ambas partes, debemos, entonces, examinar si efectivamente existen pruebas que permitan dar por acreditada la participación de la recurrente en la infracción única y continuada imputada. Y, en este sentido, ya en sentencia de fecha 9 de junio de 2016, recaída en el recurso 551/13, decíamos que: "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 175/1988, 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, decíamos: "(...) 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 concertos 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-54/02 OPM, T-56/02 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).

(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 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartados 55 a 57)".

En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de fecha 12 de diciembre de 2014 declara en el asunto T-562/08 que "... en la mayoría de los casos, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia se infiere 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 Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 98 supra, apartados 55 a 57; véase la sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión, citada en el apartado 98 supra, apartados 64 y 65, y la jurisprudencia citada)".

Y, en cuanto a la posición del Tribunal Supremo, podemos destacar, entre otras, la sentencia dictada en fecha 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 todo ello, no cabe sino concluir que la participación de LACTALIS en los intercambios de información que se le atribuyen ha sido suficientemente acreditada.

QUINTO.- Cuestiona la demandante que la infracción pueda ser calificada como única y continuada pues no concurrirían, a su juicio, las notas y requisitos que caracterizan a esta clase de infracciones de acuerdo con la normativa y la jurisprudencia que cita.

Recordábamos en la reciente sentencia de 28 de diciembre de 2023, recurso núm. 131/2018, la jurisprudencia europea sobre esta cuestión:

"El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia dictada en fecha 24 junio 2015, asunto C-263/2013 refiere lo que es una infracción única y continuada al señalar lo siguiente:

"156. Según reiterada jurisprudencia, una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, puede resultar no sólo de un acto aislado, sino también de una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado, aun cuando uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado puedan también constituir, por sí mismos y aisladamente considerados, una infracción de la citada disposición. Por ello, cuando las diversas acciones se inscriben en un «plan conjunto», debido a su objeto idéntico que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, la Comisión puede imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto (sentencia Comisión/Verhuizingen Coppens (TJCE 2012, 371), C 441/11 P, EU:C:2012:778, apartado 41 y la jurisprudencia citada).

157. Una empresa que haya participado en tal infracción única y compleja mediante comportamientos propios, subsumibles en los conceptos de acuerdo o de práctica concertada con un objeto contrario a la competencia en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, y que pretendían contribuir a la ejecución de la infracción en su conjunto, puede así ser también responsable de los comportamientos adoptados por otras empresas en el marco de la misma infracción durante todo el período de su participación en dicha infracción. Así sucede cuando se acredita que la citada empresa intentaba 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 infractores previstos o ejecutados por otras empresas para alcanzar los mismos objetivos o que pudo de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo (sentencia Comisión/ Verhuizingen Coppens (TJCE 2012, 371), C 441/11 P, EU:C:2012:778, apartado 42 y la jurisprudencia citada)".

Y la Sentencia de 17 de mayo de 2013 (TJCE 2013, 116) Asunto T-147/09 Trelleborg Industrie, apartados 59 y ss, precisa que:

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

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

c) La Comisión puede, en consecuencia, presumir la permanencia de una empresa durante todo el período de duración del cártel, aunque no se haya acreditado la participación de la empresa en cuestión en fases concretas, siempre que concurren los elementos suficientes para acreditar la participación de la empresa en un plan conjunto con una finalidad específica, que se prolonga en el tiempo. La consecuencia inmediata de ello es que el "dies a quo" del plazo de prescripción, se computa a partir del cese de la última conducta(...). ... 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 (véanse las sentencias del Tribunal de 7 de julio de 1994, Dunlop Slazenger/Comisión, T- 43/92, Rec. p. II-441, apartado 79, y de 16 de noviembre de 2006, Peróxidos Orgánicos/Comisión, T-120/04, Rec. p. II-4441, apartado 51, y la jurisprudencia citada)".

Frente a lo afirmado por la entidad actora, concurren en el presente caso, y además de una manera especialmente clara, las notas que caracterizan la infracción como única y continuada pues la dinámica y naturaleza de las conductas, su prolongación en el tiempo y la existencia de un objetivo común resultan sin duda acreditados a la vista de la prueba acopiada a lo largo del expediente.

En efecto, coincidimos en la apreciación de la CNMC cuando advierte de la existencia de un objetivo común perseguido por las entidades sancionadas, cual era controlar el mercado de aprovisionamiento de leche cruda de vaca. Para ello las empresas intervinientes se habrían valido de los intercambios de información sobre precios, condiciones comerciales, ganaderos y gestión de excedentes de leche, lo cual les habría posibilitado el actuar de manera coordinada reduciendo la incertidumbre en el mercado.

Los intercambios de información sobre ganaderos propiciaron el control sobre la cesión de los mismos entre las empresas, que evitaban así negociar con ellos y competir por lo tanto por las fuentes de aprovisionamiento. Ejemplo claro lo encontramos en los correos internos recabados en la sede de LACTALIS de fecha 23 de enero de 2012, titulados "Reunión con CAPSA", a los que hemos aludido al abordar la prueba de la infracción y en donde se hace referencia a las reuniones anteriores recogidas en las anotaciones de la agenda (folio 8.617):

"... (dato personal), es interesante la información de CAPSA. Podemos saber donde deja los 30 restantes? Puede interesarle a Forlactaria.

Si hay zonas interesantes para Forlactaria, quiero que lo coordines con (dato personal). Hablo con él para que se ponga en contacto contigo."

"Buenas noches (dato personal), paso a resumirte la reunión mantenida con Capsa, provocada principalmente por las próximas jubilaciones de personal de ambas sociedades.

Asisten: (dato personal) (dato personal) y (dato personal) por Capsa, por Lactalis (Puleva), (dato personal) y (dato personal).

Motivo: Intentar intercambiar ganaderos para reducir gastos de transporte y desplazamientos de inspectores, en la zona de Lérida (Capsa) y Gerona (Lactalis).

Nos sorprendió que con independencia de que el intercambio de ganaderos se pueda producir más adelante, estando Capsa predispuesta a ello, lo que más les preocupa en este momento, transmitido por la Dirección de Capsa el pasado lunes, es dejar de recoger en el campo 50 M de lts, lo antes posible, 20 M en Cataluña.

En esta región, tan sólo tienen 4 ganaderos sin contrato (1 en Casá, 2 en Perelada y 1 en Figueras), con un volumen de 10 M de lts, los cuales nos ofrecieron de primera mano, el resto de lts, otros 10M, los tienen repartidos en cisternas de Cooperativas(...)".

Nos remitimos nuevamente a la prueba antes analizada que evidencia la continuidad y la homogeneidad de las conductas a lo largo del período por el que se prolongó la infracción.

Si bien es cierto que en el año 2005 no hay constancia de que se llevaran a cabo conductas concretas relacionadas con el intercambio de información, no lo es menos que la propia dinámica de la infracción permite esa interrupción sin que por ello desaparezca la continuidad.

Es decir, no resultaría en este caso imprescindible mantener una actividad permanente de intercambio de información para conseguir el objetivo común perseguido, pues los efectos anticompetitivos de dicho intercambio se prolongaban durante algún tiempo por su nocividad y por las propias condiciones del mercado, que se caracteriza por la posición notablemente debilitada que ocupan los ganaderos cuya libertad de elección respecto de los compradores de su producto se habría visto muy reducida.

En estas condiciones, no parece que la falta de prueba de la actividad anticompetitiva durante algún tiempo consiga eliminar la continuidad de la infracción.

La propia resolución admite, sin embargo, que dicha continuidad se habría roto en el caso de NESTLÉ al haberse interrumpido su conducta en el período comprendido entre los años 2003 y 2007, por lo que, dice, "El extenso lapso temporal sin prueba de infracción comprendido entre los años 2003 y 2007 permite concluir a esta Sala que el primer periodo infractor ha prescrito".

Sin embargo, es indudable que la situación a estos efectos de LACTALIS no es la misma que la de NESTLÉ por cuanto consta, como hemos visto, prueba de su participación en los intercambios de información en 2004 y en 2006.

Por tanto, el transcurso de un lapso de tiempo inferior a tres años, atendidas las características de la infracción a las que nos hemos referido ya, determina que sea correcta la calificación de infracción única y continuada y el mantenimiento de dicha continuidad también en el caso de LACTALIS.

SEXTO .- Afirma la empresa demandante que la resolución recurrida vulnera el principio de personalidad de las sanciones establecido en el artículo 25.1 CE y configurado como derecho fundamental; y ello por cuanto responsabiliza directamente a LACTALIS por conductas cuya autoría habría correspondido a otra sociedad, LACTALIS COMPRAS Y SUMINISTROS, S.L. (LCYS).

Argumenta que, aunque ambas pertenecen al mismo grupo, son personas jurídicas distintas pese a lo cual la CNMC habría utilizado los datos de volumen de ventas de esta otra sociedad para el cálculo de la sanción por conductas que imputa a LACTALIS y no a LCYS.

Y supone que la CNMC actúa de forma arbitraria e irrazonada al imputar a LACTALIS al utilizar el volumen de negocios de otra sociedad para cuantificar la sanción.

La resolución ofrece una explicación a esa actuación al señalar que *"Pa ra el cálculo de la sanción que cabe imponer al GRUPO LACTALIS IBERIA, se debe tener en consideración que, tal como consta en el expediente, la empresa del grupo que realiza la actividad de compra de leche de vaca cruda y, por tanto, opera en el mercado afectado es LACTALIS COMPRAS Y SUMINISTROS, S.L. (folio 13.836). (...) La propia LACTALIS ha asumido a lo largo del procedimiento que LACTALIS COMPRAS Y SUMINISTROS, S.L. es la empresa del grupo que realiza la actividad en el mercado afectado por la infracción, motivo por el cual presentó durante el procedimiento sancionador el volumen de negocio total de la empresa filial correspondiente al año 2104 (sic) (folio 15.272)".*

Y razona que *"Tomar como referencia para el cálculo de la sanción el volumen de negocios total para el año 2018 de la empresa GRUPO LACTALIS IBERIA, el cual asciende a la cantidad de 15 millones de euros, nos conduciría a un escenario que no guardaría proporcionalidad ni con el volumen de mercado afectado por la conducta de LACTALIS, ni con la capacidad económica del grupo en España que es muy superior a los 15 millones presentados por la empresa. Según datos que aparecen en su propia página web las empresas del grupo en España suman una cifra de negocios en el año 2018 de 1.207 millones de euros".*

Añade además que *"No consta en el registro mercantil que el grupo presente cuentas consolidadas, por lo que tomar como referencia el volumen de negocios total de la empresa LACTALIS COMPRAS Y SUMINISTROS, S.L. para el cálculo de la sanción, sería suficiente para reflejar de manera más realista la capacidad económica, al menos, de la empresa que participa en el mercado. Según consta en el registro mercantil, la citada empresa obtuvo un volumen de negocios total en el año 2017 de 432.990.166"*

Pues bien, en primer término es conveniente precisar que en ningún caso está aquí en juego el principio de responsabilidad personal o de personalidad de las sanciones puesto que la única sancionada es la entidad GRUPO LACTALIS IBERIA, S.A., por hechos que le son imputables solo a ella misma: ni se sanciona a LCYS, ni se imputan a LACTALIS hechos que hubiera cometido esta.

Lo que ha hecho la resolución es, a efectos del cálculo de la sanción, computar el volumen de negocios en el mercado afectado de LCYS teniendo en cuenta que, desde el año 2012, las actividades de aprovisionamiento de leche cruda de vaca en España del Grupo LACTALIS se han integrado en su filial LCYS, lo que explicaría que, al tiempo de calcularse la sanción (2018), su volumen de negocios fuera inferior al de esta. Y es que entonces era LCYS la empresa que aglutinaba la totalidad de la facturación en el mercado afectado.

Dicho criterio es coherente con la finalidad a la que debe servir la multa, cuyo efecto disuasorio se perdería si no se tuviera en cuenta esa circunstancia, pues entonces la sanción se apartaría de la realidad del volumen de mercado realmente afectado por la conducta de LACTALIS y de la capacidad económica de este grupo cuando, como señala la resolución, las empresas del grupo en España sumaban una cifra de negocios en el año 2018 de 1.207 millones de euros.

Explicación económica que justifica lo actuado en este caso, precisamente porque no se compromete el principio que garantiza el artículo 25 de la Constitución.

Por lo demás, la cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2019 (recurso 5326/2017), que revocó la de esta Sala y Sección de 28 de julio de 2017 (recurso núm. 7/2015), es clarificadora por cuanto, si bien dicha sentencia no contempla este supuesto (cómputo del volumen de negocios de otra empresa del grupo a efectos de fijar la cuantía de la multa), resuelve otro en el que la declaración de responsabilidad sí incide directamente sobre los principios de personalidad y culpabilidad. Y declara al respecto que *"... es conforme con los principios de personalidad y culpabilidad, comprendidos en los artículos 24 y 25 de la Constitución, sancionar a una sociedad matriz en concepto de autora de comportamientos colusorios constitutivos de infracciones de competencia materializados por una sociedad filial respecto de la que tienen un control del 100% o próximo a ese porcentaje (99,78%) cuando aquella sociedad ha suplantado y sustituye la voluntad de ésta, desplegando dicha actuación como una unidad de negocio, ello al amparo del artículo 61.1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia "*.

SÉPTIMO .- Por último, LACTALIS denuncia lo que califica como "Falta de motivación y vulneración del principio de proporcionalidad de la sanción impuesta".

Sobre la falta de motivación de la cuantificación de la multa en relación a resoluciones de la CNMC que han seguido la misma sistemática que en este caso nos hemos pronunciado en diversas sentencias, al ser una alegación constante de las empresas sancionadas. Recurridas en casación, los recursos han merecido, hasta la fecha, la declaración de inadmisión por el Tribunal Supremo.

Podemos citar, entre los más recientes, los autos de 28 de septiembre de 2023 (recurso núm. 4786/2023), o de 20 de abril de 2023 (recurso núm. 7992/2022).

Como destacábamos en esos supuestos, también aquí la resolución parte de los criterios interpretativos que, acerca de esta cuestión, la de la cuantificación de la multa, proporciona la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, recurso núm. 2872/2013, 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. Tales límites "constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje". Se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica. Cada uno de esos tres porcentajes, precisamente por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría, han de servir de referencia para, a partir de ellos y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones."*

- *"En cuanto a la base sobre la que calcular el porcentaje de multa, que en este caso podría llegar hasta el 10% por tratarse de una infracción muy grave, el artículo 63.1 de la LDC se refiere al "volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa".*

A continuación, deduce que la nueva 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 (esto es, 2018), y que, dentro de dicho arco sancionador, la multa deberá graduarse 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.

OCTAVO.- En cuanto a la motivación insuficiente, es lo cierto que aparecen reflejados en su texto, bajo la rúbrica *Determinación de la sanción*, los parámetros tenidos en cuenta por la CNMC para cuantificar la multa.

En efecto, se indica que el porcentaje sancionador debe determinarse sobre la base de graduación que proporcionan los criterios contemplados en el artículo 64.1 de la LDC, y precisa que la infracción acreditada cometida por la entidad actora es una infracción muy grave prevista en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Siguiendo las pautas del citado artículo 64, alude a las características del mercado afectado (art. 64.1.a), que identifica con el de aprovisionamiento de leche cruda de vaca.

En relación a la cuota de mercado de las entidades responsables (art.64.1.b), relata que en el cártel han participado empresas que ostentan una cuota superior al 50% del mercado, destacando, en cuanto a la duración de la infracción como parámetro a tener en cuenta para graduar la sanción, que *"La duración de la conducta (art. 64.1.d) abarca desde 2000 hasta 2013. Dentro de este período existen múltiples acuerdos diferenciados con distinta duración, pero que persiguen un plan conjunto y un objetivo común"*.

Aborda la cuestión de los efectos de la conducta y declara al respecto lo siguiente:

"... 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".

Sobre la base de todo ello, entiende que cuenta con unos criterios de valoración suficiente de la infracción que se traducen en un tipo sancionador general del 2,3%.

Hechas estas consideraciones generales, y en cuanto a los criterios para la valoración de la conducta de cada una de las entidades incoadas, toma en consideración la 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.

En el caso de LACTALIS, supone que las conductas se habrían extendido por los períodos febrero 2000-julio 2004, y enero 2006-junio de 2012. Y fija su volumen de negocios en el mercado afectado en la cantidad

de 1.134.041.868 euros, que determina un porcentaje de participación en el volumen de negocios total del mercado afectado del 16,6%.

Además, le atribuye la participación en dos de las conductas sancionadas, que se corresponderían con el intercambio de información sobre precios y condiciones comerciales en el mercado de aprovisionamiento de leche cruda de vaca, e intercambio de información sobre ganaderos.

Descarta la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes y se remite a los factores que, con arreglo a la citada sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, han de condicionar la cuantificación de la sanción, como son la gravedad de la infracción, características y dimensión del mercado afectado, ámbito geográfico de la conducta, duración de la infracción y participación de las infractoras en la conducta. Advierte además que, a efectos de no rebasar los límites que impone la proporcionalidad de la sanción, se ha llevado a cabo una estimación del beneficio ilícito que cada entidad infractora podría haber obtenido de la conducta bajo supuestos muy prudentes, aplicando un factor incremental de disuasión.

Finalmente, todo ello lleva a la CNMC a fijar el tipo sancionador de LACTALIS en el 3,1% de su volumen de negocios total en 2018, lo que determina una sanción de 13.422.695 euros.

No obstante, en aras del principio non bis in ídem, y puesto que la cuantía de la multa impuesta inicialmente a LACTALIS en la resolución de 26 de febrero de 2015 fue inferior, rebaja la multa a 11.692.998 euros que fue, precisamente, la fijada en dicha resolución.

Pues bien, frente a todo ello han de ceder las críticas de falta de motivación o de desproporción de la sanción en las que insiste LACTALIS en su demanda.

Como señala el Tribunal Supremo en sentencia de 25 de julio de 2006, recurso núm. 466/2003, *"La exigencia de motivación de los actos administrativos constituye una constante de nuestro ordenamiento jurídico y así lo proclama el art. 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (antes, art. 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958), teniendo por finalidad la de que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución de la Administración, con el fin, en su caso, de poder rebatirlos en la forma procedimental regulada al efecto. Motivación que, a su vez, es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad enunciados por el apartado 3 del art. 9 CE de la Constitución y que también, desde otra perspectiva, puede considerarse como una exigencia constitucional impuesta no sólo por el art. 24.2 CE sino también por el art. 103 (principio de legalidad en la actuación administrativa). Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo Europeo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000 incluye dentro de su artículo 41, dedicado al "Derecho a una buena Administración", entre otros particulares, "la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones".*

Y es que la resolución indica, en aplicación estricta del artículo 64 de la Ley 15/2007, 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 181)."*

Por tanto, ni hay falta de motivación, ni se han ignorado los artículos 63 y 64 de la LDCA al cuantificar la multa, ni se ha producido, en fin, infracción alguna de los principios de graduación y proporcionalidad a que se refiere la demandante, cuya referencia a las multas impuestas a otras entidades, o a lo actuado por la misma CNMC en otros supuestos posteriores a la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, no tienen más valor que el de su particular criterio, pues no se justifica de ningún modo -la prueba propuesta y admitida se dirigía a acreditar extremos distintos - que las situaciones fueran comparables al punto de poder apreciar el pretendido trato desigual.

Finalmente, y por lo que se refiere a la causación de efectos en el mercado como consecuencia de las conductas sancionadas, sostiene LACTALIS, frente al criterio mantenido al respecto por la CNMC, que no se habrían producido, como resulta del informe pericial aportado.

Antes de determinar si dichos efectos pudieron o no causarse, debemos recordar que nos encontramos ante una infracción por el objeto, de tal suerte que no es necesario que se acredite la producción de efectos en el mercado para considerar que dicha infracción se ha consumado. Así lo admite incluso la actora, aunque solo sea respecto del intercambio de información sobre precios.

No obstante, la causación de efectos tiene relevancia desde luego en este caso por cuanto ha sido uno de los criterios que la resolución ha tenido en cuenta para cuantificar la multa.

En este sentido, dice la CNMC que *"Como se ha explicado anteriormente en la presente resolución, 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"*.

A nuestro juicio, la propia configuración de las conductas permite suponer, sin margen de duda, que se han producido efectos nocivos en el mercado, efectos que no solo se materializaron en las restricciones a la libre competencia de los ganaderos, constreñidos en sus posibilidades de elegir a los compradores de la leche que producían, sino con carácter general en el mercado afectado de aprovisionamiento de leche cruda de vaca.

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"*.

Desde luego, nada se ha acreditado en sentido contrario por la empresa recurrente pues el informe pericial al que se remite *"Análisis del precio de compra de la leche de vaca cruda en España entre los años 2007 y 2012"*, que fue encargado conjuntamente por varias empresas sancionadas -competidoras entre sí-, y ratificado a presencia judicial, solo contiene un análisis de precios, y no tiene en cuenta por tanto los restantes efectos producidos en el mercado al margen del impacto que las conductas sancionadas pudieron tener sobre el precio de la leche cruda de vaca en el período de la infracción.

NOVENO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, las costas deberán ser satisfechas por la parte actora.

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

FALLAMOS

Desestimar el recurso contencioso-administrativo núm. 2269/19 promovido por el Procurador D. Antonio Ortega Fuentes en nombre y representación de **GRUPO LACTALIS IBERIA, S.L.U.**, contra la resolución de 11 de julio de 2019, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 11.692.998 euros, resolución que declaramos ajustada a Derecho.

Con expresa imposición de las costas causadas 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.