



Roj: **SAN 558/2024 - ECLI:ES:AN:2024:558**

Id Cendoj: **28079230062024100037**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **13/02/2024**

Nº de Recurso: **2276/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0002276 /2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 14173/2019

Demandante: Calidad Pascual, S.A

Procurador: D. GERMÁN MARINA GRIMAU

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Codemandado: UNIÓN AGRARIAS, O SEIXO, SOCIEDAD AGRARIA DE TRANSFORMACIÓN (OSSAT),
GANADERA SAN ANTÓN

Abogado Del Estado

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

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a trece de febrero de dos mil veinticuatro.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. **2276/2019** promovido por el Procurador D. Germán Marina Grimau, en nombre y representación de **Calidad Pascual, S.A**, contra la resolución de 11 de Julio de 2019 dictada por la Sala de Competencia del Consejo de Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en el expediente NUM017 INDUSTRIAS LÁCTEAS 3. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado. Se han personado como interesados UNIONS AGRARIAS-UPA , representada por la procuradora Doña Silvia Vázquez Senín , O Seixo, Sociedad Agraria de Transformación ("OSSAT") , representada por el procurador D. Ignacio Tartón Ramírez y SOCIEDAD AGRARIA DE TRANSFORMACIÓN NÚMERO 6.343 DENOMINADA GANADERA SAN ANTÓN (EN LIQUIDACIÓN), representada por la procuradora D^a María José Bueno Ramírez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dictase por la que la que:

(i) Anule la Resolución de 11 de julio de 2020 del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, por la que se declara a Calidad Pascual, S.A. responsable de una infracción consistente en el intercambio de información sensible. 127

(ii) Subsidiariamente, anule parcialmente la Resolución de 11 de julio de 2020 del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia y acuerde la reducción del importe de la sanción impuesta a Pascual, en atención a la correcta valoración de los criterios determinantes del tipo sancionador, como la definición correcta del mercado, la duración y el alcance geográfico de la conducta o el grado de participación en el mercado afectado en los términos expuestos en el Fundamento Jurídico-Sustantivo Séptimo.

(iii) En cualquiera de los casos anteriores, condene a la demandada a pagar las costas del presente procedimiento.

Mediante OTROSÍ TERCERO DIGO del escrito de formalización de la demanda se propone, de conformidad con lo establecido en el artículo 267 TFUE, el planteamiento de la siguiente cuestión prejudicial: "*¿ Debe interpretarse el artículo 101 TFUE en el sentido de que una conducta consistente en un intercambio de información sobre costes de aprovisionamiento podría ser calificada como una conducta restrictiva por el objeto si no existe un acervo sólido y fiable de experiencia que permita considerarla como nociva para la competencia?.*"

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

TERCERO. -Habiéndose acordado el recibimiento del recurso a prueba con el resultado obrante en autos, se confirió traslado a las partes para la presentación de conclusiones escritas, verificado lo cual, quedaron las actuaciones conclusas para deliberación, votación y fallo, a cuyo efecto se señaló el día 8 de noviembre de 2023, fecha en la que ha tenido lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - A través de este proceso la entidad actora impugna la resolución de 11 de Julio de 2019 dictada por la Sala de Competencia del Consejo de Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en el expediente NUM017 INDUSTRIAS LÁCTEAS, por la que sanciona a la recurrente, por su participación en un cartel configurado como una infracción única y continuada, consistente en una infracción única y continuada que englobaría prácticas de intercambio de información comercial sensible, que podrían haberse materializado en determinados momentos, en acuerdos de fijación de precios, reparto de mercado y control de excedentes.

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

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

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

(...)

1- CALIDAD PASCUAL SA. (Antes GRUPO LECHE PASCUAL SA.)

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

(...)

1- CALIDAD PASCUAL SA.: 8560.363 EUROS.

Cuarto (...)

Quinto. (...)

Sexto. (...)

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

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

2. CALIDAD PASCUAL, S.A.U. (antes GRUPO LECHE PASCUAL S.A.)² (PASCUAL) PASCUAL tiene su sede en Aranda del Duero (Burgos) y su actividad principal es el envasado y la preparación de leche, yogures pasteurizados después de fermentación, zumos, refrescos, cereales para el desayuno, huevo líquido ultrapasteurizado y tortillas, agua mineral, bebidas de soja, alimentos funcionales, así como otros derivados lácteos de primera calidad, y la comercialización de todos ellos. Cuenta con una gama de más de 200 productos, 9 plantas, 22 delegaciones y 2.500 empleados

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

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

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

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

- Comprador comercializador: Es el comprador autorizado que compra leche únicamente a productores para su posterior venta exclusivamente a compradores transformadores, operadores logísticos y a industriales y que solo puede realizar meras operaciones de almacenamiento, transporte y refrigeración de la leche.

- Comprador transformador: Es el comprador autorizado a comprar leche a productores y a compradores comercializadores o, en su caso, a otros compradores transformadores o industriales para destinarla fundamentalmente (al menos en un 50%) a su tratamiento o para transformarla, ya sea por métodos industriales o artesanales, en otros productos lácteos. No se consideran tratamiento y transformación las meras operaciones de almacenamiento, transporte y refrigeración.

- Comprador transformador artesano: Es el comprador transformador, de acuerdo con la definición establecida en el párrafo anterior, que en cada período adquiere leche como máximo a 10 productores, por una cantidad total no superior a 600.000 kg., incluida la adquirida a otros sujetos distintos de productores.

- Operador logístico: Es el comprador autorizado que compra leche a productores y compradores comercializadores, para su venta exclusivamente a los industriales que pertenecen a su mismo grupo o grupos de sociedades.

- Industriales: Son las personas físicas o jurídicas que compran leche a compradores comercializadores o, en su caso, a compradores transformadores para tratarla o transformarla industrialmente en productos lácteos o en otros productos. No se consideran tratamiento ni transformación industrial de la leche las meras operaciones de almacenamiento, transporte y refrigeración. Los industriales podrán vender leche a compradores transformadores o a otros industriales, siempre que dichas ventas no constituyan su actividad principal (al menos en un 50%).

- Cooperativas de segundo grado: Son entidades reconocidas para poder adquirir leche de cooperativas de primer grado con autorización de comprador comercializador siempre que estén en ellas integradas.

- Operador: Son las personas físicas o jurídicas autorizadas en el régimen de la tasa láctea para:

- Comprar fuera del territorio peninsular español y las Illes Balears leche y productos lácteos para venderlos a compradores transformadores e Industriales.
- Comprar leche y productos lácteos a compradores autorizados e industriales para su venta fuera del territorio peninsular español y las Illes Balears.
- Comprar y vender productos lácteos a Compradores transformadores e Industriales.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Que los productores solamente podían comercializar su leche mediante entregas a compradores autorizados, pudiendo entregar simultáneamente a varios compradores autorizados. Si deseaban cambiar de comprador

autorizado en cualquier momento del periodo de tasa láctea, lo podían hacer siempre que lo comunicasen a la autoridad competente.

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

Que independientemente de esto, el Fondo Español de Garantía Agraria (FEGA) ponía a disposición de los compradores autorizados el acceso a la información consolidada de las entregas conjuntas realizadas en el periodo por los productores a los que compran, a través del Sistema de información de la tasa láctea (SITALAC). Al final de cada 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, que se realiza a través de la retención por parte de los productores. Las retenciones practicadas debían figurar expresamente en las facturas correspondientes a las entregas del mes al que se aplicasen, detrayéndose del montante final que debía percibir el productor, expresándose con el detalle de los kilogramos sobrepasados y del importe unitario aplicable a cada uno de ellos.

Que a su vez, los compradores autorizados abonaban al 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.

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

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

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

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

1. CALIDAD PASCUAL, S.A. (Antes GRUPO LECHE PASCUAL S.A.)

Consta acreditada su participación en el intercambio de información entre las industrias lácteas en relación con precios y estrategias comerciales, durante los años 2007 a 2011. Años 2007 (folios 8.518, 8.633 a 8.635); 2008 (folios 8.531, 8.527, 8.641, 8.533); 2009 (folios 8.537, 606 a 610 y folio 2.135); 2010 (folios 8.551, 2.146, 8.533); 2011 (folios 8.555, 8.625 a 8.627 y 1.945).

TERCERO. - En su escrito de formalización de la demanda, la parte recurrente opone los siguientes motivos de impugnación:

1- Inexistencia de propuesta de sanción en la propuesta de resolución: Nulidad de la resolución por vulneración de la ley y de derechos fundamentales de Pascual.

2- Vulneración de la presunción de inocencia: La resolución no acredita la comisión de ninguna infracción por parte de Pascual. Aplicación irracional y arbitraria de la prueba de indicios.

3- Nulidad radical de la resolución por infracción del derecho constitucional de defensa: Denegación reiterada de la prueba consistente en la comparecencia e interrogatorio de D. Aureliano, autor de las anotaciones cuya valoración por parte de CNMC ha dado lugar a que sean consideradas prueba de cargo relevante contra Pascual.

4- Error de derecho de la resolución sobre la calificación de la conducta imputada a Pascual como infracción de los artículos 1 LDC y 101.1 TFUE: No existe un intercambio de información, ni directo ni indirecto, entre competidores. La información obtenida de forma unilateral por los competidores de Pascual pertenecía, en todo caso, al dominio público.

5- Error de derecho de la resolución sobre la calificación de infracción por objeto: necesario e inexistente análisis de efectos.

6- Error de derecho de la resolución sobre la apreciación de la existencia de una infracción única y continuada.

7- Subsidiariamente, vulneración del principio de proporcionalidad y arbitrariedad en los criterios utilizados para el cálculo de la multa.

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

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

QUINTO. - Expuestos, en apretada síntesis, los términos del debate, examinaremos los motivos de impugnación articulados por la recurrente, comenzando por el que denuncia la falta de existencia de propuesta de sanción en la propuesta de resolución:

Pues bien, podemos ya adelantar que el citado motivo ha de ser desestimado porque el artículo 34 del Reglamento de Defensa de la Competencia no impone que la propuesta de resolución contemple una sanción concreta y, en este sentido, esta Sala ya ha dicho en la sentencia dictada en fecha 11 de diciembre de 2012 rec. nº 6/2012 que:

"En cuanto al hecho de no haber incluido el Informe propuesta una sanción precisa, hay que indicar que la determinación de la multa es una competencia que corresponde exclusivamente al órgano sancionador, y en ningún caso a la Dirección de Investigación que, es el órgano instructor del expediente al que le corresponde elaborar una propuesta cuyo contenido determina el artículo 34 del Real Decreto 261/2008 de 22 de febrero por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia que señala 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 se exige que la propuesta de resolución fije una propuesta de la sanción a imponer. Y como señala la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea de 18 de junio de 2008 asunto T-410703 Hoechst GMBH.c Comisión "Por lo que respecta más concretamente al cálculo del importe de las multas, la Comisión cumple su obligación de respetar el derecho de las empresas a ser oídas desde el momento en que indica expresamente, en el pliego de cargos, que va a examinar si procede imponer multas a las empresas afectadas e indica los principales elementos de hecho y de Derecho que pueden dar lugar a la imposición de una multa, tales como la gravedad y la duración de la presunta infracción y el hecho de haberla cometido «deliberadamente o por negligencia». Al actuar así, la Comisión les da las indicaciones necesarias para defenderse, no sólo contra la calificación de los hechos como infracción, sino también contra la posibilidad de que se les imponga una multa" (sentencia Dansk Rørindustri y otros/ Comisión [TJCE 2005, 194], citada en el apartado 344 supra, apartado 428; véanse las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 20 de marzo de 2002 [TJCE 2002, 115], LR AF 1998/Comisión, T-23/99, Rec. p. II-1705, apartado 199 y jurisprudencia que allí se cita, y de 15 de junio de 2005, Tokai Carbon/Comisión, citada en el apartado 118 supra, apartado 139; véase igualmente en este sentido la sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de junio de 1983, Musique diffusion française y otros/Comisión, 100/80 a 103/80, Rec. p. 1825, apartado 21)."



SEXO.- La misma suerte desestimatoria ha de seguir el motivo en el que se denuncia la vulneración del derecho de defensa de Pascual como consecuencia de la denegación de la prueba consistente en la comparecencia e interrogatorio de D. Aureliano, autor de las anotaciones cuya valoración por parte de CNMC ha dado lugar a que sean consideradas prueba de cargo relevante contra Pascual.

A estos efectos cumple recordar que la denegación de una prueba en el procedimiento administrativo no determina por sí sola la nulidad de la resolución que finalmente se dicte, salvo que se haya generado una indefensión real y efectiva a la parte (por todas, las SSTs de 2 de junio de 2015 (recurso 297/2013) y de 8 de Enero de 2012 (recurso 6469/2012).

Por lo demás, como pone de manifiesto el Abogado del Estado, Pascual interesó la declaración del Sr. Aureliano ante la CNMC para que se pronunciase o ratificase respecto de la declaración testifical ya prestada anteriormente por el Sr. Aureliano ante la Audiencia Nacional (practicada con ocasión del recurso contencioso-administrativo interpuesto por PASCUAL contra la Resolución del Consejo de la CNMC de 26 de febrero de 2015) y por tano, no alcanzamos a apreciar que su denegación le haya ocasionado una defensa material y efectiva y más aún cuando finalmente, ha sido solicitada, admitida y practicada en el presente procedimiento.

SÉPTIMO.- Siguiendo con el examen de los motivos de impugnación, opone la parte recurrente la vulneración de la presunción de inocencia porque la resolución impugnada no acredita la comisión de ninguna infracción por parte de Pascual así como la . aplicación irracional y arbitraria de la prueba de indicios

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

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

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

Ya desde la sentencia de 6 de marzo de 2000, recurso núm. 373/93, el Tribunal Supremo viene declarando al referirse a la prueba de presunciones que " estas pruebas tienen una mayor operatividad en el campo de defensa de la competencia, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibida, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o conciertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda."

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



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

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

(48) Además, habida cuenta del carácter notorio de la prohibición de los acuerdos contrarios a la libre competencia y de la clandestinidad en la que se ejecutan, por tanto, no puede exigirse a la Comisión que aporte documentos que justifiquen de manera explícita una toma de contacto entre los operadores afectados. En cualquier caso, los elementos fragmentarios y confusos de que pueda disponer la Comisión deberían poder completarse mediante deducciones que permitan la reconstitución de las circunstancias pertinentes. Por consiguiente, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia puede inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de otra explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia (sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión apartado 44 supra, apartados 64 y 65, y sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004 [TJCE 2004, 8], Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartados 55 a 57)."

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

"Al respecto, cabe recordar que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, contenida en reiteradas sentencias (SSTC 174 /1985, 175/1985, 229/1988), y a la jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 18 de noviembre de 1996, 28 de enero de 1999, 6 de marzo de 2000) puede sentarse que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados-no puede tratarse de meras sospechas-y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, se ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el producto deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo. En la sentencia constitucional 172/2005, se afirma que por lo que se refiere en concreto al derecho a la presunción de inocencia este Tribunal ha declarado que la presunción de inocencia sólo se destruye cuando un Tribunal independiente, imparcial y establecido por la Ley declara la culpabilidad de una persona tras un proceso celebrado con todas las garantías (art. 6.1 y 2 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, al cual se aporte una suficiente prueba de cargo, de suerte que la presunción de inocencia es un principio esencial en materia de procedimiento que opera también en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora (SSTC 120/1994, de 25 de abril, F. 2; 45/1997, de 11 de marzo, F. 4, por todas). En la citada STC 120/1994 añadíamos que «entre las múltiples facetas de ese concepto polidédrico en que consiste la presunción de inocencia hay una, procesal, que consiste en desplazar el onus probandi con otros efectos añadidos». En tal sentido ya hemos dicho - se continúa afirmando la mencionada Sentencia- que la presunción de inocencia comporta en el orden penal stricto sensu cuatro exigencias, de las cuales sólo dos, la primera y la última, son útiles aquí y ahora, con las necesarias adaptaciones mutatis mutandis por la distinta titularidad de la potestad sancionadora. Efectivamente, en ella la carga de probar los hechos constitutivos de cada infracción corresponde ineludiblemente a la Administración pública actuante, sin que sea exigible al inculpado una probatio diabólica de los hechos negativos. Por otra parte, la valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador, que éste ejerce libremente con la sola carga de razonar el resultado de dicha operación. En definitiva, la existencia de un acervo probatorio suficiente, cuyas piezas particulares han de ser obtenidas sin el deterioro de los derechos fundamentales del inculpado y de su libre valoración por el Juez, son las ideas básicas para salvaguardar esa presunción constitucional y están explícitas o latentes en la copiosa doctrina de este Tribunal al respecto (SSTC 120/1994, de 25 de abril, F. 2; 45/1997, de 11 de marzo, F. 4)".

OCTAVO- Dicho lo anterior, debemos reiterar la recurrente ha sido sancionada por la comisión de una infracción única y continuada-consistente en el intercambio de información entre las industrias lácteas en relación con precios y estrategias comerciales, durante los años 2007 a 2011.

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

En igual sentido, la sentencia del Tribunal General, en el asunto T-27/10, AC-Treuhand AG de 17 de mayo de 2013, afirma que *"también es importante precisar que el concepto de objetivo único no puede determinarse mediante una referencia general a la distorsión de la competencia en el mercado afectado por la infracción, puesto que el perjuicio para la competencia constituye, como objeto o efecto, un elemento consustancial a todo comportamiento incluido en el ámbito de aplicación del artículo 81 CE, apartado 1. Tal definición del concepto de objetivo único entrañaría el riesgo de privar al concepto de infracción única y continuada de una parte de su sentido, pues tendría como consecuencia que varios comportamientos relativos a un sector económico, contrarios al artículo 81 CE, apartado 1, deberían calificarse sistemáticamente como elementos constitutivos de una infracción única (véase la sentencia del Tribunal de 30 de noviembre de 2011, Quinn Barlo y otros/Comisión, T-208/06, Rec. p. II-7953, apartado 149, y la jurisprudencia citada)(apartado 240)".*

El apartado 241 de la misma Sentencia señala que *"en consecuencia, con objeto de calificar diversos comportamientos como infracción única y continuada, procede verificar si presentan un vínculo de complementariedad, en el sentido de que cada una de ellos está destinado a hacer frente a una o varias consecuencias del juego normal de la competencia, y contribuyen, mediante una interacción, a la realización del conjunto de los efectos contrarios a la competencia buscados por sus autores, en el marco de un plan global encaminado a un objetivo único. A este respecto, habrá que tener en cuenta cualquier circunstancia que pueda demostrar o desmentir dicho vínculo, como el período de aplicación, el contenido (incluyendo los métodos empleados) y, correlativamente, el objetivo de los diversos comportamientos de que se trata (véase la sentencia Amann & Söhne y Cousin Filterie/Comisión, antes citada, apartado 92, y la jurisprudencia citada)".*

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

Además, no solo se ha de probar la existencia del cartel sino también su duración, STJUE de 15 de marzo de 2000, Cimenteries CBR y otros/Comisión, T25 /95 T26/95, T30 /95 a T32/95, T34 /95 a T39/95, T42 /95 a T46/95, T48 /95, T50/95 a T65 /95, T68/95 a T71 /95, T87/95, T88 /95, T103/95 y T104/95, Rec. p. II491, (apartado 2802).

NOVENO- Asi las cosas, nos corresponde analizar si la imputación que realiza la CNMC a la recurrente tiene suficiente apoyo probatorio toda vez que, la defensa de la recurrente refiere básicamente que se ha vulnerado se le ha sancionado sin que existan pruebas que permitan sostener que formó parte del cártel a que se contrae el presente recurso.

Pues bien la resolución sancionada considera acreditada la participación de PASCUA en el intercambio de información entre las industrias lácteas en relación con precios y estrategias comerciales, durante los años 2007 a 2011, a partir de los elementos probatorios, contenidos en los siguientes folios del expediente administrativo a los cuales nos ceñiremos: . Años 2007 (folios 8.518, 8.633 a 8.635); 2008 (folios 8.531, 8.527,

8.641, 8.533); 2009 (folios 8.537, 606 a 610 y folio 2.135); 2010 (folios 8.551, 2.146, 8.533); 2011 (folios 8.555, 8.625 a 8.627 y 1.945), cuyo contenido transcribimos a continuación:

En el folio 8518 encontramos una anotación manuscrita del Sr. Aureliano fechada el 10 de mayo de 2007 en la que se hace referencia a una reunión en Madrid del G-4 (leche Pascual, CAPASA, Danone y Puleva y a una bajada de precio realizada aprox 2 ptas.

Los folios 8633 a 8635, bajo el título "Precios zona Cataluña y Aragón agosto 2007, recogen lo siguiente: "(...) *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*".

Respecto del año 2008, en el folio 8531 se recoge la anotación manuscrita del Sr. Aureliano en la que se hace constar lo siguiente: "*Leche Pascual. - Donato no baja hasta el mes de mayo por Danone*".

En el folio 8527 encontramos otra anotación manuscrita del Sr. Aureliano en la que se recoge lo siguiente: "*Leche Pascual. Isidro. Propone bajar los precios de leche de golpe. 7 ptas. en febrero en vez de 4 y 3*".

En el folio 8641 aparece un documento titulado "reunión Granada junio 2008" con el siguiente contenido:

"Desde la reunión en Nadela para formalizar el presupuesto del año 2008, vamos a resaltar los siguientes puntos: Hemos pasado de la escasez de leche y como consecuencia la estirada de precios del año 2007, a los sobrantes actuales.

Reducción de precios en origen a partir de febrero (-24 euros), seguido en marzo (-18 euros) y concluyendo en abril (-18 euros).

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 (lparlat). 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."

En el folio 8533 aparece otra anotación manuscrita de 8 de octubre de 2008 en la que se describe una reunión del GIL celebrada a las 11h 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 Septbre 60 pta todos iguales. (bajada 2 ptas)

Nestle. Bajada 3 ptas directo fuera de Catalunya"

En el año 2009, consta en el folio 8.537 otra anotación manuscrita en la que se hace constar lo siguiente:

"JL Ruz:

-Tema precios

(...)

"- Precios

Diciembre

Cataluña CAPSA -368,25

- 1,66 menos polvo

- 1,66 no polvo

PASQUAL... 355 - Diciembre (59)

58,10 Enero - 349

57,80 Febrero - 347

55,23 Marzo 332

DANONE 385,3 Dic

353,8

353,8 No bajan

353,8"

En los folios 606 a 610 encontramos el acta de la reunión de la Asamblea General de la Asociación de empresas Lácteas de Galicia, celebrada el día 7 de mayo de 2009 en la que se hace constar lo siguiente:

"(...) 4.- Situación General del Sector

Se comenta la situación del sector a nivel nacional e internacional y se hace un seguimiento de los mercados lácteos.

Se comenta el precio de Francia en el mes de marzo 295,60 y la producción del año actual comparado con el año anterior, el acumulado enero-marzo 2009 comparado con enero-marzo 2008 es de -9,1%. A nivel europeo el descenso de producción abril-febrero 2008 con abril febrero 2009 es de -1%

El representante de CAPSA, manifiesta la postura de su empresa respecto a los pagos de la leche en los próximos meses, cogerán como referencia el precio del mes de Marzo, a partir de ese mes el precio que pagarán estará en función del % de leche en polvo que tengan que fabricar.

5.- Ruegos y Preguntas

El representante de Leche Pascual SLU, comenta las decisiones que se han tomado en su compañía respecto a su situación en Galicia, mantienen la recogida y el transporte que actualmente tienen en la Comunidad y no envasaran leche en su planta de Otero de Rey.

En el informe recabado en la sede de LACTALIS titulado "REUNIÓN APROVISIONAMIENTO MAYO 2007 GRANADA" (folios 8635 y 8636) se recoge una estrategia consistente en intercambiar información sobre la aplicación de nuevos precios y el seguimiento por parte del resto de empresas consignándose que : "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".

Respecto del año 2011, en folio 8626 contiene una anotación manuscrita del sr. Aureliano con el siguiente contenido:

"Me puse en contacto con Donato responsable de compras de Leche Pascual en Catalunya y entendí el actual malestar por la fuerte subida en julio (18 euros). Me explica que como tienen los contratos indexados con el precio de Francia y la leche en polvo. Me confirma que no tiene ninguna necesidad de volumen en Catalunya, es más ha estado enviando desde Vic leche a Aranda. Danone está el responsable de vacaciones pero los comentarios es que va a subir la leche en septiembre 6 euros".

En el folio 8555 Pece otra nota manuscrita fechada el 22 de marzo de 2011 en la que se consigna: DANONE-334

"(...)

PASCUAL-334

CAPSA330

PULEVA-327

Muestras dobles ganaderos propios"

En el documento Excel titulado "PLANTILLA RESUMEN SEMANAL LACTALIS 32", adjunto al correo electrónico interno de LACTALIS de fecha 16 de agosto de 2011, se señala (folio 8627):

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

Se fundamenta también la responsabilidad de la recurrente en el contenido de los folios 2135 , y 1945 del expediente administrativo. Sin embargo, dichos documentos no pueden ser tomados en consideración por resultar inaccesibles para la actora por haber sido declarados confidenciales excepto para Nestlé y para ALEGA, respectivamente.

DÉCIMO.- A la vista de las pruebas e indicios acopiados, debemos convenir con la resolución recurrida en que existen pruebas suficientes que acreditan la participación de Pascual en la infracción por la que ha sido sancionada sin que resulten plausibles las explicaciones alternativas ofrecidas en la demanda.

Como se expone en la resolución sancionadora, dando respuesta a las alegaciones sobre falta de prueba de los hechos imputados, no podemos compartir que el intercambio de información sobre los precios de compra de leche a la industria ganadera se debiera a la transparencia del mercado que ello permitiera a las sancionadas y entre ellas a Pascual, obtener la citada información por medios distintos al intercambio entre empresas. Las pruebas recabadas apuntan directamente a comunicaciones verbales entre empresas, como las recogidas en las anotaciones manuscritas del sr. Aureliano en las que se menciona al responsable de Leche Pascual por su nombre(" Leche Pascual. - Donato no baja hasta el mes de mayo por Danone" (folio 8531) ; "Leche Pascual. Isidro . Propone bajar los precios de leche de golpe. 7 ptas en febrero en vez de 4 y 3.(folio 8527) o ""Me puse en contacto con Donato responsable de compras de Leche Pascual en Catalunya y entendí el actual malestar por la fuerte subida en julio "(folio- 8.625)- o la que aparece en el folio 8.627:"He hablado con el responsable Catalunya de Leche de Pascual y me ha confirmado precio", corroboran que las fuentes de información han sido las propias empresas titulares de la misma. A lo dicho cabe añadir que el conocimiento tan exacto de los precios recientes y futuros que recogen las anotaciones transcritas ponen de manifiesto que esta información únicamente ha podido provenir del titular de la información, esto es, los industriales que aparecen citadas en esas anotaciones. Así, en el año 2009, las notas manuscritas del Sr. Aureliano sobre precios futuros desglosados por empresas para los meses posteriores a febrero de 2009 (folio 8.537) expresan precios concretos, constando de tres cifras, algunos con decimales y, además, se expresa el precio de la leche en polvo (algo que los ganaderos no tienen por qué saber).

Como explica la CNMC, no se trata de conocimiento de las conductas ajenas derivado de la transparencia del mercado, sino que se ha acreditado que existen modificaciones de las condiciones individuales que se hacen depender de las modificaciones del grupo de competidores. Y añade la resolución, y conviene esta Sala, en que la celebración de reuniones entre las empresas en las que se intercambiaba la información la utilización de nombres propios y de ciertas expresiones o la existencia de manifestaciones del tipo "la bajaremos si lo hacéis los demás" confirma que la información no ha sido obtenida directamente de los ganaderos, sino del contacto directo entre empresas competidoras, todo ello unido a otras pruebas .Además, considera acreditado que existe conocimiento no solo de conductas pasadas de los competidores sino de sus intenciones futuras e incluso del momento en que las entidades pretenden aplicar esos cambios. Y que esta información solamente puede provenir de la propia empresa titular lo que hace descartar la alternativa ofrecida por las empresas en sus alegaciones. Y añade que hay tres elementos que dotan 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 y que, en lo que se refiere a los precios, los hechos acreditados evidencian que la información intercambiada se refería en algunas ocasiones a precios recientes (a mes vencido) y en muchas otras a precios y estrategias futuras que las empresas pretendían aplicar a los ganaderos y que, de hecho se utiliza el término "previsión" que denota una intención futura de las empresas.

Por lo demás, como también se recoge la resolución impugnada, existe abundante información manuscrita que evidenciaría el conocimiento de información estratégica del resto de competidores, únicamente accesible si los titulares de la citada información la han intercambiado previamente, en ocasiones, a través de las reuniones del denominado grupo G/4-G/5, referidas a las empresas con más importancia y peso en el sector lácteo a las que se alude en algunas notas manuscritas del sr. Aureliano con la finalidad de intercambiarse información sobre precios y acordar estrategias coordinadas

La conclusión que alcanzamos no resulta desvirtuada por el informe de KPMG aportado por la recurrente puesto que Calidad Pascual ha sido sancionada por haber participado en intercambios de información comercial sensible con empresas competidores y no por haber participado en acuerdos de fijación de precios, por lo que carece de trascendencia, a efectos de constatar la existencia de la infracción, que los precios



efectivos pagados por Pascual a los ganaderos no coincidieran en todos los casos examinados con la información consignada en las anotaciones. Como recoge la resolución recurrida, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2018 (recurso 2917/2016) *"el resultado colusorio se produce aun cuando a la vista de la información del competidor no se modifique el comportamiento ni se incida sobre los precios previos, si la información intercambiada tiene la virtualidad de generar la seguridad de que existirá un escenario estable y no se corre el riesgo de perder cuota de mercado, disminuyendo, por tanto, sus incentivos para competir, sin que tampoco es necesario que exista una relación directa entre la práctica concertada y los precios finales aplicados al consumidor"*.

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

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

De igual modo, el intercambio de información sobre el control de excedentes, y la propuesta para que, de manera conjunta, se retirara leche del mercado, tiene el objetivo manifestado de subir el precio final de la leche (o impedir una bajada) de manera que la industria láctea salga beneficiada (hecho 53 y folios 596 a 599). A la unidad de objetivo entre las empresas, hay que añadir la correlación entre los sujetos intervinientes en las conductas investigadas, ya que todas las empresas han participado, en mayor o menor medida, en una o varias de las conductas anticompetitivas, y ello con independencia del "foro" en el que se han producido los contactos. Las empresas eran coincidentes, y la naturaleza y contenido de los contactos perseguían la misma finalidad, esto es, el control del mercado de aprovisionamiento de leche cruda de vaca. Conviene advertir que la calificación de la infracción como única no exige en absoluto que todas las empresas participen de todas y cada una de las conductas que configuran la infracción, ya que el elemento esencial es la voluntad común de conseguir un objetivo de carácter anticompetitivo, que puede ser llevado a cabo a través de una o varias conductas integrantes de una misma infracción."

Pues bien, a la vista de lo expuesto y de las pruebas e indicios recabados, debemos convenir con la resolución recurrida en que existen pruebas suficientes que acreditan el conocimiento por parte de Calidad Pascual del plan común descrito en la resolución impugnada, así como su participación en la organización y funcionamiento del cartel, mediante el intercambio de información comercial sensible con otros competidores, actuación incardinable en el citado plan común.

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

Por lo demás, como ya hemos recogido, la calificación de la infracción como única no exige que todas las empresas participen de todas y cada una de las conductas que configuran la infracción, ya que el elemento esencial es la voluntad común de conseguir un objetivo de carácter anticompetitivo, que puede ser llevado a cabo a través de una o varias conductas integrantes de una misma infracción y así, el hecho de que no todas las empresas estén presentes en todas las conductas concertadas acreditadas no priva de unidad a la infracción, y no contraviene ningún derecho de defensa de las empresas el que se les impute la participación en una infracción única y continuada, siempre y cuando se individualice tal responsabilidad conforme a los hechos acreditados a efectos de la cuantificación de la sanción.

DUODÉCIMO.- Siguiendo con el examen de los motivos de impugnación, se opone en la demanda que las conductas descritas en la Resolución no pueden ser calificadas como "restricciones por objeto", siendo imprescindible, por ello, un detallado análisis de efectos que eventualmente hubiera permitido confirmar o descartar las conjeturas de la CNMC.

Denuncia la recurrente la ausencia de cualquier tipo de análisis en la Resolución que permita sostener la validez de las afirmaciones sobre la eventual existencia de efectos. Que la referencia y análisis que hace la Resolución en relación con los efectos de los intercambios de información sancionados parten de afirmaciones genéricas, teóricas, no sustanciadas ni contrastadas y a todas luces insuficientes para poder concluir la existencia de efectos y mucho menos sus hipotéticas consecuencias. Ignorando flagrantemente las características propias del proceso de establecimiento de precios de Pascual, en concreto, la indexación de los precios a los existentes en el mercado francés, y que, en definitiva, los pretendidos efectos no existen.

Para acreditar la ausencia de efectos de la conducta sancionada, se aporta un informe de KPMG que pone de manifiesto que la Resolución no realiza un análisis propiamente dicho de los efectos, ni aporta ninguna evidencia económica robusta de los mismos, pese a estar en capacidad de llevar a cabo este tipo de análisis, al disponer de información apropiada y en el que se recogen recoge dos análisis contrafácticos que pondrían de manifiesto la ausencia de efectos, y por lo tanto confirmarían la falta de racionalidad de la tesis de la Resolución, a saber, un análisis de la evolución de los precios efectivos pagados por Pascual entre enero de 2002 y julio 2020 que demuestra una gran variabilidad de los precios, sin que pueda mostrarse un comportamiento distinto durante el periodo de infracción que en el periodo anterior o posterior, y un análisis contrafactual comparando la evolución del precio de la leche cruda en España con el registrado en un mercado de referencia, como el de Francia, que demuestra como el precio de la leche cruda pagado en España oscila como el de Francia y, en particular, no se observa que el precio en España fuese inferior que el de Francia durante el periodo en el cual tuvo lugar el supuesto intercambio de información.

Y se añade que en el Informe RBB también se pone de manifiesto la ausencia de efectos.

Para dar respuesta a este motivo de impugnación debemos recordar la doctrina jurisprudencial contenida en la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, sección 3, del 01 de diciembre de 2021 (ROJ: STS 4535/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4535), en la que, dando respuesta a la cuestión interés casacional consistente en matizar, precisar o concretar la jurisprudencia en relación con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia a fin de aclarar si los intercambios de información que no versan sobre precios o cantidades a futuro pueden ser calificados como cártel y en qué circunstancias, se fija la siguiente doctrina:

"(...) 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 de acuerdo con las consideraciones expuestas en el Fundamento jurídico 5º.

Recuerda la citada Sentencia la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y de la propia Sala 3ª, sintetizada en la su Sentencia nº 356/2021, de 9 de marzo de 2021 (RC 3405/2020), que se pronunciaba en los siguientes términos:

" La tradicional distinción, en el ámbito del derecho de la competencia, entre las infracciones "por objeto" y las infracciones "por efecto" ha sido examinada por esta Sala en ocasiones anteriores. Sirva de muestra nuestra sentencia nº 43/2019, de 21 de enero (casación 4323/2017) de cuyo F.J. 3º reproducimos ahora los siguientes fragmentos:

[...]

(...) la diferencia entre conductas prohibidas por su objeto o por sus efectos deriva, en primer lugar, del tenor literal del propio artículo 1 LDC-así como del artículo 101 TFUE -, que prohíbe "todo acuerdo, [...] que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional [...]". Como señala la Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013, (Allianz Hungária Biztosító

y otros, C-32/11 , apart. 35) "la distinción entre "infracciones por objeto" e "infracciones por efecto" reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia [...]". En el mismo sentido se pronunció el TJUE en su sentencia de 27 de abril de 2017, (FSL, C-469/15 P, apart. 104) y más recientemente, en su sentencia de 23 de enero de 2018 , (F. Hoffmann-La Roche y otros, apart. 78).

La sentencia del TJUE de 20 de noviembre de 2008 (asunto C-209/07) ya puso de manifiesto los criterios para determinar si nos encontramos ante una infracción por el objeto o para establecer si era necesario establecer su incidencia sobre el mercado, afirmando que:

"Procede recordar que, para estar incurso en la prohibición establecida en el artículo 81 CE , apartado 1, un acuerdo debe tener "por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común". Es jurisprudencia reiterada del TJUE, desde la sentencia de 30 de junio de 1966, LTM (56/65, Rec. pp. 337 y ss., especialmente p. 359), que el carácter alternativo de este requisito, como indica la conjunción "o", lleva en primer lugar a la necesidad de considerar el objeto mismo del acuerdo, habida cuenta del contexto económico en el que se debe aplicar. Sin embargo, en caso de que el análisis de las cláusulas de dicho acuerdo no revele un grado suficiente de nocividad respecto de la competencia, es necesario entonces examinar los efectos del acuerdo y, para proceder a su prohibición, exigir que se reúnan los elementos que prueben que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, bien impedido, bien restringido o falseado de manera sensible.

Para apreciar si un acuerdo está prohibido por el artículo 81 CE , apartado 1, la toma en consideración de sus efectos concretos es superflua cuando resulta que éste tiene por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el interior del mercado común (sentencias de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, 56/64 y 58/64, Rec. pp. 429 y ss., especialmente p. 496, y de 21 de septiembre de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, C-105/04 P, Rec. p. I-8725, apartado 125). Este examen debe efectuarse a la luz del contenido del acuerdo y del contexto económico en que se inscribe (sentencias de 28 de marzo de 1984, Compagnie royale asturienne des mines y Rheinzink/Comisión, 29/83 y 30/83 , Rec. p. 1679, apartado 26 , y de 6 de abril de 2006, General Motors/Comisión, C-551/03 P, Rec. p. I-3173, apartado 66).".

Ahora bien, una vez establecida la conclusión de que nos encontramos ante una infracción por el objeto no se precisa establecer los efectos negativos que la conducta infractora ha tenido o puede tener sobre el mercado.

Así se desprende de una abundantísima jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha sido recogida y aplicada por este Tribunal Supremo.

[...]

Y en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2009 (asunto C-8/08), tras distinguir entre las prácticas que tienen un "objeto" contrario a la competencia y las que tienen un efecto contrario a la competencia, se afirma: "29. Además, ha de señalarse que, para apreciar si un acuerdo está prohibido por el artículo 81 CE , apartado 1, la toma en consideración de sus efectos concretos es superflua cuando resulta que éste tiene por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, 56/64 y 58/64, Rec. pp. 429 y ss., especialmente p. 496; de 21 de septiembre de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, C-105/04 P, Rec. p. I-8725, apartado 125, y Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 16). La distinción entre "infracciones por objeto" e "infracciones por efecto" reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia (véase la sentencia Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 17)".

Finalmente, la STJUE de 20 de enero de 2016 (asunto C -373-149) recuerda que en las infracciones por objeto es necesario considerar el objeto mismo del acuerdo, pero "[...] no es necesario examinar los efectos de acuerdo en la competencia cuando esté acreditado su objeto contrario a ella (véanse en ese sentido las sentencias T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08 , EU:C:2009:343 , apartados 28 y 30, y ClaxoSmithKline Services y otros/Comisión y otros C 501/06 P, C-513/06 P y C- 519/06 P, EU:C:2009:610 , apartado 55)".

Así mismo lo ha reconocido la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, que en su STS de 26 de junio de 2017 (recurso 2403/2014) señala que los acuerdos de intercambio de información entre competidores destinados a coordinar las condiciones económicas tienen por objeto restringir la competencia y no resulta necesario, en consecuencia, examinar sus efectos: "Debe recordarse, de acuerdo con una consolidada jurisprudencia (STJUE de febrero de 2009, asunto T-Mobile C-8/08 , que bastaría la prueba del intercambio de información, [...], para presumir la existencia del acuerdo anticompetitivo, que dado su objetivo, interferencia en la fijación de precios, debe calificarse como tal por su objeto [...] En tales circunstancias, contrariamente a lo que defiende el

órgano jurisdiccional remitente, no es necesario examinar los efectos de una práctica concertada cuando quede acreditado su objeto contrario a la competencia."

Y en la STS nº 331/2018, de 1 de marzo, esta misma Sala consideró, respecto a la no necesidad de examinar los efectos en el caso de infracciones por el objeto, que "[...] En cambio, cuando quede acreditado que el acuerdo en cuestión tiene un objeto contrario a la competencia, no es necesario acreditar en concreto los efectos perjudiciales de dicho acuerdo sobre la competencia y consecuentemente sobre el mercado que se aplican. En tal caso será suficiente exponer que dicho acuerdo es concretamente apto para impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado interior".

De esta jurisprudencia puede extraerse la conclusión que en las infracciones por el objeto no se precisa determinar la incidencia que dicha infracción tiene sobre el mercado y no es posible rebatir esta apreciación basándose en la afirmación de que la conducta enjuiciada no produjo efectos en el mercado"

A modo de recapitulación de lo expuesto en este apartado, en nuestra sentencia nº 1375/2018, de 17 de septiembre (casación 2452/2017, F.J. 9º) transcribíamos diversos párrafos de la sentencia del Tribunal General de 10 de diciembre de 2014 (asunto T-90/11) en la que, de manera clara y concisa, se sintetiza la jurisprudencia del TJUE sobre la distinción entre las infracciones por objeto y por efecto.

Dice el Tribunal General en los apartados 305 a 310 de su sentencia:

"305 Procede recordar, a este respecto, que, según la jurisprudencia, los conceptos de "acuerdo", de "decisiones de asociaciones de empresas" y de "práctica concertada" del artículo 101 TFUE, apartado 1, recogen, desde un punto de vista subjetivo, formas de colusión que comparten la misma naturaleza y que sólo se distinguen por su intensidad y por las formas en las que se manifiestan (véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, Rec. p. I-4529, apartado 23, y la jurisprudencia citada).

306 Por otra parte, por lo que respecta a la apreciación de su carácter contrario a la competencia, debe atenderse al contenido de las disposiciones que los establecen, a los objetivos que pretenden alcanzar y al contexto económico y jurídico en el que se inscriben (véase, en este sentido, la sentencia T-Mobile Netherlands y otros, citada en el anterior apartado 305, apartado 27, y la jurisprudencia citada).

307 Además, la jurisprudencia precisa que la distinción entre "infracciones por objeto" e "infracciones por efecto" reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia (sentencias T-Mobile Netherlands y otros, citada en el anterior apartado 305, apartado 29, y Allianz Hungária Biztosító y otros, citada en el anterior apartado 61, apartado 35).

308 De esa manera, se ha determinado que algunos comportamientos colusorios, como los que llevan a la fijación horizontal de los precios por los cárteles, pueden considerarse hasta tal punto aptos para generar efectos negativos, en especial en los precios, la cantidad o la calidad de los productos o los servicios, que cabe estimar innecesaria la demostración de que tienen efectos concretos en el mercado con el fin de aplicar el artículo 101 TFUE, apartado 1 (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de enero de 1985, Clair, 123/83, Rec. p. 391, apartado 22).

309 En la hipótesis de que el análisis de un tipo de coordinación entre empresas no presente un grado suficiente de nocividad respecto de la competencia, deben examinarse, en cambio, sus efectos y, para prohibirlo, exigir que se reúnan los elementos que prueben que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, bien impedido, bien restringido o falseado de manera manifiesta (sentencia Allianz Hungária Biztosító y otros, citada en el anterior apartado 61, apartado 34, y la jurisprudencia citada).

310 Para apreciar si un acuerdo entre empresas o una decisión de asociación de empresas tiene un grado de nocividad suficiente para ser considerado una restricción de la competencia "por el objeto" en el sentido del artículo 101 TFUE, apartado 1, debe atenderse al contenido de sus disposiciones, a los objetivos que pretende alcanzar y al contexto económico y jurídico en el que se inscribe. Al apreciar dicho contexto, se debe considerar también la naturaleza de los bienes o de los servicios afectados, así como las condiciones reales del funcionamiento y de la estructura del mercado o mercados pertinentes (véase, en este sentido, la sentencia Allianz Hungária Biztosító y otros, citada en el anterior apartado 61, apartado 36, y la jurisprudencia citada)".

En fin, debemos reiterar ahora la conclusión que expusimos en el F.J. 4º de nuestra sentencia nº 43/2019, de 21 de enero (casación 4323/2017), a la que ya nos hemos referido: "...en materia de defensa de la competencia, cuando se concluya que nos encontramos ante "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 el mercado, ni es posible rebatir esta apreciación mediante observaciones basadas en que los acuerdos colusorios no tuvieron efectos relevantes en el mercado".

También recordamos las Directrices y las Comunicaciones de la Comisión en materia de Derecho europeo de competencia"

(...).

Con cita de las Sentencias 356/2021, nº 43/2019, de 21 de enero casación 4323/2017, F.J. 3º), y nº 66/2019, de 28 de enero (casación 1396/2017, F.J. 3º), acerca de la eficacia y virtualidad de tales Directrices, se reitera que: " Como señalábamos en aquellas ocasiones, las Directrices y las Comunicaciones de la Comisión en materia de Derecho europeo de competencia no despliegan efectos jurídicos vinculantes para los órganos jurisdiccionales y las autoridades nacionales. Así lo destacan las STJUE de 14 de junio de 2011, Pfeiderer (C-360/09, Rec. p. I-5161), apartado 21; en un sentido similar también la sentencia de 28 de junio de 2005, Dansk Rørindustri y otros/Comisión (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, Rec. p. I-5425), apartado 209, conforme a la cual las comunicaciones publicadas por la Comisión no pueden calificarse de norma jurídica, así como la sentencia de 29 de septiembre de 2011, Arkema/Comisión (C-520/09 P, Rec. p. I-8901 apartado 88), conforme a la cual las comunicaciones publicadas por la Comisión no establecen más que reglas de conducta.

Ahora bien, tales directrices, en cuanto recogen los criterios fijados por la jurisprudencia, pueden ser tomadas en consideración como un instrumento útil de interpretación en la materia.

Finalmente, cabe hacer mención a la Sentencia del TJUE de 2 de abril de 2020 en el asunto C-228-2018 Budapest Bank, invocada por las recurrentes como fundamento de su recurso de casación, en la que el Tribunal de Justicia examina una multa impuesta a siete bancos por considerar, en relación a las tarjetas de pago, que se había acordado entre ellos una tasa uniforme. Establece pautas interpretativas sobre la noción de restricción de la competencia y señala que una autoridad de competencia puede considerar que una conducta constituye al mismo tiempo, tanto una restricción por la competencia por objeto como por efecto.

Declara el TJUE en dicha sentencia que el hecho de considerar que una conducta constituye una restricción por objeto no le exime de su obligación de "apoyar sus declaraciones al respecto en las pruebas necesarias y precisar en qué medida dichas pruebas se refieren a una u otro tipo de restricción."

También precisa el TJUE que no podrá considerarse que un acuerdo es por su propia naturaleza perjudicial para el buen funcionamiento del juego de la competencia, es decir, restrictivo por objeto, si no existe un acervo sólido y fiable de experiencia al respecto. Y recuerda finalmente, siguiendo la sentencia de Groupement des Cartes Bancaires que el concepto de restricción por objeto debe interpretarse de manera restrictiva y que una conducta podrá considerarse como tal si se constata que tiene un grado suficiente de nocividad para la competencia.

Para la determinación de este "grado de nocividad suficiente", aclara los aspectos que han de valorarse, que son los siguientes: A) el contenido de las disposiciones del acuerdo debe presentar un carácter nocivo para la competencia, B) el objetivo u objetivos que se pretendan alcanzar con el acuerdo deben estar claramente definidos, razonando que el hecho que se considere que una medida persiga un objetivo legítimo no excluye que, habida cuenta de la existencia de otro objetivo perseguido por ella y que deba considerarse ilegal, pueda considerarse que dicha medida tiene un objeto restrictivo de la competencia, C) El contexto económico y jurídico en el que se inscribe, así como a la naturaleza de los bienes/servicios afectados, las condiciones reales del funcionamiento y de la estructura del mercado en cuestión, que deberá tenerse en cuenta en todo caso, incluso cuando los elementos anteriores (el contenido y los objetivos del acuerdo) apunten a una restricción por objeto".

Y tras ello, trae a colación la jurisprudencia de esta Sala Tercera en materia de intercambio de información entre competidores de la que es exponente la Sentencia 1359/2018, de 25 de julio de 2018, en la que se sostuvo que "[...] el intercambio de información entre empresas competidoras puede suponer una "práctica concertada", pues el conocimiento de una información relevante de la empresa competidora puede sustituir los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas. Así, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entre otras la sentencia de 4 de junio de 2009, (asunto C-8/08, T-Mobile, par. 26.) de 19 de marzo de 2015 (asunto C-286/13, Dole Food, par. 126 y siguientes), y sentencia de 8 de julio de 1999 (asunto C-49/92, P, Polypropylene, par. 115), entiende por "práctica concertada": "una forma de coordinación entre empresas que, sin haber desembocado en la celebración de un convenio propiamente dicho, sustituye conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas."

El grado de coordinación necesario para entender que nos encontramos ante una práctica concertada no exige la elaboración de una planificación específica. El intercambio de información relevante implica una colaboración o cooperación, dado que, como regla general, la lógica de la competencia entre empresas conlleva que "todo operador económico debe determinar autónomamente la política que pretende seguir en el mercado común y las condiciones que pretende reservar a sus clientes" (STJUE de 16 de diciembre de 1975, Suiker Unie y otros/Comisión, asuntos acumulados 40/73 y otros apartado 173, STJUE de 14 de julio de 1981, Züchner, 172/80, apartado 13, STJUE de 28 de mayo de 1998, asunto C-7/95 P, John Deere Ltd. apartado 86).

Así, la jurisprudencia ha sostenido que el intercambio de información puede constituir una práctica concertada si reduce la incertidumbre estratégica, pues el contacto directo entre competidores determina que cada empresa no actúa con la debida autonomía, cuando la toma de contacto directa o indirecta entre dichos operadores tenga por objeto o efecto bien influir en el comportamiento en el mercado de un competidor actual o potencial, o bien desvelar a dicho competidor el comportamiento que uno mismo ha decidido o tiene intención de mantener en el mercado (STJUE de 16 de diciembre de 1975, asuntos acumulados 40/73 y otros, Suiker Unie, párrafo 173 y ss) produciendo así un resultado colusorio."

DÉCIMOTERCERO. - A la vista de la jurisprudencia expuesta, debemos examinar si en el caso examinado, el intercambio de información sobre precios y condiciones comerciales constituye una restricción por objeto.

Pues bien, recordemos que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia apreció la existencia de una infracción por objeto y lo justificó en los siguientes términos:

"El artículo 1 de la LDC, en sentido análogo al artículo 101 del TFUE, prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional.

Esta Sala considera que en el presente expediente se ha acreditado la existencia de una serie de conductas que se tipifican como prácticas prohibidas en los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE y constituyen una restricción por objeto, que han tenido la aptitud para lograr el fin de falseamiento de la libre competencia por parte de la industria láctea.

Las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal señalan que cualquier intercambio de información entre competidores de datos individualizados sobre los precios o cantidades previstos en el futuro deben considerarse una restricción de la competencia por el objeto y remarcan la probabilidad de que los intercambios de información sobre precios y cantidades futuras desemboque en un resultado colusorio. Por otro lado, la Directrices advierten de la necesidad de tener en cuenta en la valoración de la conducta el contexto económico y jurídico del intercambio en cuestión (párrafos 72 a 74 de las Directrices).

La jurisprudencia también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la aptitud de los intercambios de información para restringir la competencia y ha indicado una serie de pautas que sirven de guía para este tipo de análisis "(sentencia TJUE de 4 de junio de 2009, (asunto C-8/08, T-Mobile) y Sentencia TS de 25 de julio de 2018 (recurso 2917/2016)

Expone que, en esta última Sentencia, se ha señalado que "es cierto que no toda actuación en paralelo de los competidores en el mercado es atribuible necesariamente a que éstos hayan concertado sus comportamientos con un objetivo contrario a la competencia, pero ha de considerarse que tiene un objetivo contrario a la competencia un intercambio de información que puede eliminar la incertidumbre en el comportamiento de las partes. De modo que el resultado colusorio se produce aun cuando a la vista de la información del competidor no se modifique el comportamiento ni se incida sobre los precios previos, si la información intercambiada tiene la virtualidad de generar la seguridad de que existirá un escenario estable y no se corre el riesgo de perder cuota de mercado, disminuyendo, por tanto, sus incentivos para competir, sin que tampoco es necesario que exista una relación directa entre la práctica concertada y los precios finales aplicados al consumidor".

Incluso, señala el Alto Tribunal una cuestión que en este expediente puede tener un gran valor, al considerar que esta aptitud contraria a la competencia también puede observarse en intercambios de información sobre precios presentes (no futuros) si éstos permiten reducir la incertidumbre en el mercado: "El intercambio de información entre competidores sobre precios individualizados de los productos que comercializan, que incluya datos no públicos, permite disponer de una información privilegiada que disminuye los riesgos y facilita la adaptación de su conducta al mercado.

Además, aun cuando los precios de venta eran públicos y se venían aplicando desde hace unos días, y en esa medida podrían ser considerados precios presentes, se trata de una información con proyección futura pues desvelaba los precios que se aplicarían a lo largo del año, lo que implica poner en conocimiento del competidor la información de precios que se ha decidido adoptar, revelando no solo la estrategia comercial actual sino la correspondiente a un futuro cercano, con el resultado objetivo de reducir la incertidumbre del comportamiento en el mercado".

A partir de los criterios señalados en los párrafos anteriores, y partiendo de la consideración de que los datos intercambiados tienen un claro carácter estratégico, la apreciación sobre la aptitud de las conductas para restringir la competencia pasa por analizar el contexto jurídico y económico en el que se produce el intercambio de información y el objetivo que persiguen las empresas al llevar a cabo este tipo de conductas en el mercado de leche cruda de vaca"

Dicho lo anterior argumenta que " la estructura y el funcionamiento del mercado afectado favorece que se puedan producir este tipo de conductas anticompetitivas y explica que "Nos encontramos en un mercado en el que existe un gran desequilibrio en el poder de negociación entre los ganaderos, que producen la leche cruda, y las empresas que la compran para transformarla. Esta circunstancia ha sido puesta de manifiesto en los informes de las autoridades de competencia autonómicas citados en el apartado de hechos acreditados de esta resolución (hecho 1).

Uno de los factores que favorece este desequilibrio es la atomización del mercado de ganaderos, formado por multitud de pequeñas y medianas empresas, frente a la concentración del mercado de transformación integrado principalmente por grandes empresas multinacionales.

Otro de los factores se refiere al sistema de cuotas que ha regido en la industria en los últimos años. Así, un productor que no pudiera entregar nada de su producción en dos periodos podía perder su cuota y, por tanto, tener que abandonar el mercado. Como señala el informe de la autoridad de competencia de Castilla y León (folios 3 a 124), los compradores transformadores conocían esta circunstancia y la podían utilizar, por un lado, para incidir en los precios a la baja, especialmente en un mercado como el de la leche en los que la sustituibilidad de los compradores es escasa a lo largo del periodo de cuota lácteas y, por otro lado, para reducir la capacidad negociadora de determinados proveedores mediante el boicot a la retirada de la leche comercializada por éstos con una importante incidencia en su patrimonio y su cuota productiva.

El informe de Castilla y León indica que esta posición de la industria transformadora es aprovechada para generar auténticas situaciones de cautividad del productor frente al comprador y dicha cautividad impide que el productor pueda ofrecer libremente el producto en el mercado a otro comprador transformador sin la autorización expresa del cliente anterior.

En el mismo sentido, la Autoridad Catalana de la Competencia ha señalado que "parece que se producen situaciones que impiden que el ganadero pueda ofrecer libremente su leche cruda a otro transformador ya que necesita la autorización expresa o tácita del comprador anterior. Por lo tanto, la relación entre el productor de leche cruda y la industria transformadora tiende a perpetuarse en el tiempo siempre y cuando el comprador no decida resolverla unilateralmente".

Además de las diferencias estructurales entre ambos eslabones en la cadena de producción que genera un claro desequilibrio en perjuicio de la industria ganadera, otro de los factores que favorece que puedan producirse conductas colusorias se refiere a las fuertes barreras de entrada al mercado, tanto en el eslabón de la producción como en el de la transformación.

Como ha señalado la autoridad de Castilla y León, desde el punto de vista de la producción, la principal barrera viene impuesta por la existencia de cuotas y la necesidad de disponer de ellas para producir y comercializar el producto y la intervención de la Administración en cualquier operación transaccional de la misma.

Junto a esta barrera existe una segunda basada en los costes financieros derivados del cumplimiento de todas y cada una de las normativas de trazabilidad, salud animal, calidad de producto y residuos exigibles a una explotación ganadera.

La tercera barrera que podemos identificar es el desequilibrio actual entre los costes de producción y el precio pagado por quilogramo de producto que puede generar desviaciones deficitarias al productor.

Una cuarta, viene marcada por el exceso de burocracia que la normativa en vigor exige al productor, al tener que hacer muchas y variadas declaraciones administrativas, a la vez que mantener registros contables y de trazabilidad actualizados que exigen importantes inversiones en equipos para procesos de información y software de gestión.

Desde el punto de vista del comprador transformador, la cuota puede ser una barrera, ya que limita su capacidad de industrialización de la materia prima, aunque el efecto es infinitamente menor que el producido en el ganadero, ya que puede recurrir en todo momento a la importación de la leche de países de la Unión Europea.

Una segunda barrera aplicable al industrial serán los importantes costes financieros que acarrea la fabricación de leche envasada y la rentabilidad limitada actual del producto derivada fundamentalmente de la presión ejercida por la distribución con las marcas blancas.

Todas estas circunstancias que rodean al mercado objeto de este expediente crean un escenario que facilita que las empresas transformadoras puedan adoptar comportamientos anticompetitivos a través de incidir en el primer eslabón de la industria que es la producción de leche, con el objetivo último de controlar el mercado aguas arriba. Por tanto, cualquier comportamiento en el mercado en ese sentido persigue ese objetivo anticompetitivo y genera graves daños en la industria ganadera.

De hecho, en los informes de las autoridades autonómicas de competencia de Galicia, Cataluña y Castilla y León ya citados, se pone de manifiesto la existencia de ciertas conductas que pueden estar causando unos graves efectos anticompetitivos en el sector, provocados, como hemos dicho, por el gran poder negociador que ostenta la industria transformadora!"

Y añade que " el intercambio de información sobre precios de compra de leche observado en este expediente tiene aptitud para afectar a una parte importante y esencial del mercado como son los ganaderos cuya protección también debe quedar amparada por las normas de competencia, tal como indica la jurisprudencia citada.

El intercambio de información sobre precios de compra, ganaderos y excedentes persigue, intencionada y conscientemente, suprimir la incertidumbre en el mercado y ello posibilita que las empresas adapten sus estrategias a partir de la información que reciben de sus competidores, eliminando de esta manera la autonomía de actuación que debe imperar en mercados competitivos.

La puesta en conocimiento del resto de competidores de los precios recientes y futuros, de las fuentes de aprovisionamiento y las estrategias en relación con los ganaderos, o de las estrategias sobre excedentes de leche, no tiene una lógica económica de carácter competitivo porque el objetivo que persiguen las empresas es crear artificiosamente un mercado transparente que les permite adoptar y anticipar sus decisiones guiadas por su conocimiento del comportamiento del resto de competidores.

Esto no sería problemático si el conocimiento de esas estrategias se hubiese adquirido a consecuencia de operar en un mercado transparente, sin embargo, como ya se ha señalado, este no es el caso, porque la estructura del mercado no permite considerar la existencia de tal grado de transparencia en el mismo y porque las pruebas demuestran que la información ha sido intercambiada a través de reuniones y otros contactos directos e indirectos entre las empresas. Se trata, por tanto, de acceder a la información empresarial de los competidores a través de medios ilícitos no amparados por las normas de competencia.

Con esta forma de comportarse las empresas dejan de actuar en base a decisiones estratégicas unilaterales con fines competitivos y alteran el normal funcionamiento del mercado".

(...)

"La cautividad a la que están sometidos los ganaderos, tal como se ha señalado anteriormente, juega un papel fundamental en estas estrategias porque evita que puedan ejercer influencia en la industria transformadora y ello garantiza el cumplimiento de los objetivos perseguidos por las conductas. Por este motivo, es importante recalcar que la estrategia de las empresas se hace efectiva a través de varias conductas que se integran con el objetivo de impedir una capacidad de reacción de la industria ganadera ante comportamientos coordinados.

En consecuencia, esta Sala considera que los intercambios de información analizados en esta resolución constituyen una infracción de las normas de competencia antes citadas por su objeto, si bien, como más adelante se verá, es posible también apreciar efectos en el mercado".

Por lo demás, en el apartado 4.3 de la Resolución recurrida, que lleva por título "Los efectos de las conductas en el mercado de leche cruda de vaca" se consigna lo siguiente:

"Como han señalado el Consejo de la CNMC y de la CNC en anteriores ocasiones, en la valoración de conductas del artículo 1 de la LDC no se exige la prueba de efectos reales contrarios a la competencia cuando se ha determinado que estas son restrictivas por su objeto. En este mismo sentido, se pronuncia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁶² y del Tribunal Supremo.

En todo caso los efectos de una conducta pueden ser considerados para determinar el importe de las sanciones y esta Sala considera acreditado que las conductas descritas anteriormente sí han ocasionado claros efectos.

Nos encontramos ante un mercado estable y concentrado, con competidores que ostentan en su conjunto una cuota de mercado elevada, y estos son considerados elementos que favorecen los efectos anticompetitivos de una conducta de intercambio de información sensible.

Al aumentar la transparencia en dicho mercado para las empresas participantes en este intercambio de información se facilita, de una parte, la coordinación del comportamiento de dichas empresas, disminuyendo el coste del desarrollo de la conducta ilícita y reduciendo los incentivos para competir y, de otra, se incrementa la estabilidad interna del mercado y de las relaciones entre dichas empresas.

A ello hay que añadir que, en el presente caso, las conductas analizadas se han llevado a cabo durante un largo periodo de tiempo (más de 10 años) y de manera regular, y, como ha señalado el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, en su Sentencia de 8 julio 2008 (asunto T 53/03), ambos son elementos que refuerzan la posibilidad de que esa información haya servido a las empresas para determinar el comportamiento del mercado"



Y continúa manifestando que uno de factores esenciales para concluir la existencia de efectos provocados por las conductas aquí analizadas, es el fuerte desequilibrio en el poder negociador de la industria transformadora frente a los ganaderos y que la información sobre precios que periódicamente han intercambiado las empresas ha permitido dotar al mercado de una estabilidad artificial no provocada por la propia dinámica competitiva, siendo ello claramente perjudicial para los ganaderos y que esta estabilidad en el mercado provocada por el conocimiento de las intenciones estratégicas del resto de competidores y, por los acuerdos puntuales de precios, implica, por un lado, una restricción a la libre negociación de precios para la industria ganadera con sus clientes, y además crea lógicos desincentivos a los ganaderos para cambiar de cliente en busca de precios más atractivos, por cuanto permite a las empresas transformadoras una aplicación coordinada, simétrica y proporcional de los precios.

Y concluye afirmando que: *"En definitiva, las prácticas descritas han provocado claros efectos en el mercado de aprovisionamiento de leche cruda de vaca, y los perjudicados más directos por estos ilícitos han sido los ganaderos, a los que se les ha impedido negociar libremente el precio y escoger clientes en función del mismo, y por tanto se han visto privados de las ventajas del libre mercado que, en condiciones de competencia, podrían haber supuesto la percepción de un precio mayor, en épocas de escasez, al precio percibido, o tratar de evitar caídas de precios de su producto en época de abundancia, cambiando de cliente."*

Estos efectos, además, no son teóricos, tal como pretenden las partes, ya que las denuncias por parte de la industria ganadera han sido constantes en los últimos años, alertando de los efectos negativos que las prácticas llevadas a cabo por la industria transformadora están provocando en el mercado de leche cruda de vaca".

A la vista de la fundamentación expuesta, debemos concluir que, en contra de lo manifestado en la demanda, nos encontramos ante una infracción por el objeto y que la resolución sancionadora cumple con el criterio sentado por nuestro Alto Tribunal en su Sentencia de 01 de diciembre de 2021 (ROJ: STS 4535/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4535) por cuanto que ha tomado en consideración las condiciones y circunstancias en las que se producen los intercambios de información y realiza un exhaustivo estudio de la estructura y funcionamiento del mercado afectado, recogiendo además el parecer de las autoridades de competencia de Galicia, Cataluña y Castilla y León. Y explica como el intercambio de información estratégica en este caso ha aumentado la transparencia en el mercado afectado, eliminando con ello los incentivos para competir. Por lo demás cumple manifestar que la resolución impugnada también examina los efectos que las conductas acreditadas han tenido en el mercado de leche cruda de vaca en los términos que hemos recogido.

La conclusión que alcanzamos no resulta desvirtuada por los informes aportados por la actora, por cuanto que aquellos, partiendo de la premisa sostenida en la demanda de que los intercambios de información por los que ha sido sancionada Pascual no integran una infracción por el objeto, realizan un análisis de la evolución de los precios efectivos pagados por Pascual entre enero de 2002 y julio 2020 para llegar a la conclusión de la ausencia de efectos de la conducta sancionada. Como ya hemos recogido y reiteramos de nuevo, la conducta imputada a Pascual es la de haber participado en intercambios de información comercialmente sensible con las competidoras y no en acuerdos de fijación de precios y otro lado que carece de trascendencia, a efectos de constatar la existencia de la infracción y que *"el resultado colusorio se produce aun cuando a la vista de la información del competidor no se modifique el comportamiento ni se incida sobre los precios previos, si la información intercambiada tiene la virtualidad de generar la seguridad de que existirá un escenario estable y no se corre el riesgo de perder cuota de mercado, disminuyendo, por tanto, sus incentivos para competir, sin que tampoco es necesario que exista una relación directa entre la práctica concertada y los precios finales aplicados al consumidor"*.

Para terminar, cumple manifestar que la Sala no considera necesario el planteamiento de la cuestión prejudicial interesada por la parte recurrente para la resolución del presente recurso. por cuanto que esta Sala (Sección 6ª) no alberga dudas de que la conducta por la que ha sido sancionada Pascual es contraria a los artículos 1 LDC y 101 TFUE y constitutiva de una infracción por el objeto.

DÉCIMOCUARTO.- Subsidiariamente, denuncia la actora la vulneración del principio de proporcionalidad y arbitrariedad en los criterios utilizados para el cálculo de la multa y opone:

- (i) la incorrecta aplicación del principio de prohibición de reformatio in peius en la Resolución, que debió referirse al tipo sancionador de la primera y no al resultado de su aplicación sobre el volumen de negocios de Pascual en un año que no es el anterior a la imposición de la sanción;
- (ii) la incorrecta cuantificación del tipo sancionador aplicado en la Resolución de 2015, desconectada de la concreta participación en las conductas que se le imputa a Pascual, sobreestimándola;
- (iii) la falta de consideración de la implantación de un ambicioso programa de cumplimiento por parte de Pascual a efectos de modular la sanción impuesta; y

(iv) el sesgo al alza de la multa establecida en la Resolución que sobredimensiona el reproche sancionador a Pascual.

Por lo que se refiere a incorrecta aplicación del principio de prohibición de reformatio in peius, se expone en la demanda que según el apartado 6.4 de la Resolución, en virtud del principio de prohibición de reformatio in peius, se impuso a Pascual la sanción original fijada en la Resolución de 2015, por ser esta inferior a la resultante de aplicar el tipo sancionador fijado en la Resolución al volumen de negocios de Pascual en el año anterior (2018). Frente a ello entiende Pascual que una interpretación correcta de la prohibición de la reformatio in peius y el principio de proporcionalidad, implicaría aplicar el tipo sancionador asignado a Pascual en la anterior Resolución de 2015, del 1,25% (frente al 2,6% de la Resolución), a su volumen de negocios total en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa, es decir, su volumen de negocios en 2018, de 585.473.000 euros.

Dicho lo anterior se efectúan diversas consideraciones sobre la incorrecta cuantificación del tipo sancionador aplicado en la Resolución de 2015.

Pues bien, dando respuesta a las cuestiones planteadas, cabe recordar que la Sentencia de 30 de enero de 1993, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (rec. 3201/1991), citada por la más reciente Sentencia de la misma Sala de 19 de mayo de 2014 (rec. 4043/2011), declara que "en el ejercicio de una determinada pretensión materializada en una cantidad dineraria total, integrada por diversos elementos, el contenido del principio de "reformatio in peius" ha de ir referido, no a cada uno de los elementos del "quantum" global, sino al total de éste". En consecuencia, dado que la sanción fijada por la Resolución recurrida no es superior en total a la impuesta por la Resolución de 2015, no cabe apreciar la reformatio in peius invocada de contrario.

Así las cosas, carecen de toda virtualidad las alegaciones encaminadas a poner de manifiesto la incorrección del tipo sancionador aplicado en la Resolución de 2015.

Por cuanto se refiere a la sanción impuesta en la resolución aquí recurrida, cumple manifestar que sobre la base de la previsión del artículo 63.1.c) de la LDC, parte la CNMC de los criterios interpretativos que, sobre esta cuestión, la de la cuantificación de la multa, proporciona la relevante sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, criterios que resume la resolución recurrida de cuyo texto podemos destacar lo siguiente:

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

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

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

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

En cuanto a la motivación insuficiente, la resolución recoge en su texto bajo la rúbrica "Determinación de la sanción" que se trate de una infracción muy grave (art. 62.4.a de la LDC) que podrá ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de las empresas infractoras en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1.c), esto es, 2018. A continuación consigna el volumen total de negocios de las empresas sancionadas en 2018 ; en el caso de PASCUAL de 585.473.000 euros.. Reitera que la conducta se desarrolla en el mercado de aprovisionamiento de leche cruda de vaca. Que la cuota de mercado conjunta de las empresas participantes en la conducta (art. 64.1.b) es superior al 50%. Que el mercado geográfico afectado por la infracción es el español en su totalidad, por lo que la conducta es susceptible de afectar al comercio intracomunitario (art.64.1.c). Que la duración de la conducta (art. 64.1.d) abarca desde 2000 hasta 2013.

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

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

En cuanto a la valoración individual de la conducta de las ocho empresas, se recoge la duración individual, el volumen de negocios del mercado afectado por cada empresa (810.171.343 para Calidad Pascual), 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 (1 para la recurrente). No se aprecian circunstancias agravantes ni atenuantes. A partir de estos criterios concreta dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración global de la densidad antijurídica de la conducta de las empresas, que para la aquí recurrente se fija en un 2.6%.

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

DECIMOQUINTO.- Por lo que afecta a la falta de consideración de la implantación de un programa de cumplimiento por parte de Pascual a efectos de modular la sanción impuesta, cumple manifestar que la CNMC aprobó el 10 de junio de 2020, la «Guía de programa de cumplimiento en relación con la defensa de la competencia», posterior a la comisión de los hechos, que sin perjuicio de la aplicación de los criterios de ponderación que le corresponden a quien tiene la potestad sancionadora, no tiene encaje directo en la presente redacción del artículo 64 de la LDC. Por lo demás, respecto de la eficacia atenuante o eximente de la aplicación de programas de cumplimiento normativo, la STJUE de 18 de julio de 2013, C-501/11 Schindler Holding y otros/Comisión, reconoce que no cabe el automatismo en la aplicación de estos programas para atenuar la infracción impuesta.

DECIMOSEXTO.- en atención a lo expuesto, la íntegra desestimación del recurso y la consiguiente imposición de las costas causadas en esta instancia a la parte actora de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

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

FALLAMOS

Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el por el Procurador D. Germán Marina Grimau, en nombre y representación de **Calidad Pascual, S.A.**, contra la resolución de 11 de Julio de 2019 dictada por la Sala de Competencia del Consejo de Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en el expediente NUM017 INDUSTRIAS LÁCTEAS 3, con imposición de costas a la parte recurrente.

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

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.