



Roj: **SAN 571/2024 - ECLI:ES:AN:2024:571**

Id Cendoj: **28079230062024100047**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **13/02/2024**

Nº de Recurso: **2263/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso:** 0002263 /2019

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 14110/2019

**Demandante:** INDUSTRIA LÁCTEAS DE GRANADA, S.L.U. (PULEVA)

**Procurador:** D. RAMÓN RODRÍGUEZ NOGUEIRA

**Demandado:** COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

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

**Abogado Del Estado**

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

### **SENTENCIA Nº :**

**Ilma. Sra. Presidente:**

D<sup>a</sup>. BERTA SANTILLAN PEDROSA

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D<sup>a</sup>. MARIA JESUS VEGAS TORRES

Madrid, a trece de febrero de dos mil veinticuatro.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 2263/19 promovido por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira en nombre y representación de **INDUSTRIAS LÁCTEAS DE GRANADA, S.L.U. ( PULEVA)**, contra la resolución de 11 de julio de 2019, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 10.269.557 euros. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado; y han intervenido como codemandados la Sociedad Agraria de Transformación San Antón, representada por la Procuradora D<sup>a</sup> María José Bueno Ramírez; UNIONS AGRARIA-UPA, representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Silvia Vázquez Senín; y O Seixo, Sociedad Agraria de Transformación (OSSAT), representada por el Procurador D. Ignacio Tartón Ramírez.



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dictase sentencia por la que se anule la resolución recurrida o *"Subsidiariamente, ..., estime la anulación o reducción sustancial de la multa impuesta a PULEVA por las razones que han quedado expuestas a lo largo del presente escrito. En cualquiera de los casos anteriores, se solicita que se acuerde la expresa imposición de costas a la Administración demandada y que se ordene a la CNMC la publicación a su costa de la parte dispositiva de la sentencia que se dicte"*.

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

**TERCERO.**- Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 8 de noviembre de 2023, prolongándose la deliberación a sucesivas sesiones, siendo la última la de 24 de enero de 2024.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- A través de este proceso impugna la entidad actora la resolución dictada con fecha 11 de julio de 2019 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente NUM000 *Industrias Lácteas 2* cuya parte dispositiva era del siguiente tenor literal:

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

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

(...)

7. *INDUSTRIAS LÁCTEAS DE GRANADA, S.L.U. (antes PULEVA FOOD, S.L.*

(...)

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

(...)

7. *INDUSTRIAS LÁCTEAS DE GRANADA, S.L.U.: 10.269.557 euros*

(...)

*Séptimo. Instar a la Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución"*.

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

1. El Servicio para la Defensa de la Competencia de Castilla y León envió a la Dirección de Investigación de la CNC un informe de fecha 8 de marzo de 2011 titulado *"Estudio sobre el Sector de Leche Cruda en Castilla y León"* en el que ponía de manifiesto la posible existencia de diversas conductas llevadas a cabo en el mercado de **leche** cruda susceptibles de constituir una infracción de la LDC, en particular relativas a la recogida de **leche** cruda de vaca y a la determinación del precio de la misma.

2. Con fecha 16 de septiembre siguiente Unions Agrarias-UPA presentó una denuncia contra las empresas transformadoras de **leche** recogida en Galicia y empresas distribuidoras de **leche**, haciendo particular mención de la dificultad de encontrar empresas alternativas a las que entregar la **leche**.

3. La Dirección de Investigación, de conformidad con lo establecido en el artículo 49, apartado 2, de la LDC, inició una información reservada con el fin de determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación del expediente sancionador.



4. Con fechas 11 y 12 de julio de 2012 se realizaron inspecciones domiciliarias simultáneas en las sedes de las empresas GRUPO LACTALIS IBERIA S.A., la COOPERATIVA AGRÍCOLA Y GANADERA DEL PIRINEO SCCL, EL BUEN PASTOR S.L., NESTLÉ ESPAÑA, S.A., y de las asociaciones regionales ASOCIACIÓN DE EMPRESAS LÁCTEAS DE GALICIA y la ASOCIACIÓN REGIONAL DE INDUSTRIAS LÁCTEAS EN CANTABRIA.

5. Con la información obtenida en las referidas inspecciones, la Dirección de Investigación decidió, con fecha 23 de julio de 2012, la incoación de expediente sancionador contra el GRUPO LACTALIS IBERIA S.A., la CORPORACION ALIMENTARIA PEÑASANTA S.A., DANONE S.A., PULEVA FOOD S.L., el GRUPO **LECHE** PASCUAL S.A., NESTLÉ ESPAÑA, S.A., la COOPERATIVA AGRÍCOLA Y GANADERA DEL PIRINEO SCCL, el GREMIO DE INDUSTRIAS LÁCTEAS DE CATALUÑA, y la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS LÁCTEAS DE GALICIA por presuntas prácticas prohibidas en el artículo 1 de la LDC consistentes en intercambios de información y/o acuerdos para el reparto de mercado y la fijación de condiciones comerciales en el mercado de aprovisionamiento de **leche** cruda de vaca.

6. Con fecha 5 de marzo de 2014 el Director de Competencia, a la vista de la documentación obrante en el expediente y de conformidad con el artículo 29 del Reglamento de Defensa de la Competencia, acordó ampliar la incoación del expediente sancionador a las empresas INDUSTRIAS LÁCTEAS ASTURIANAS, S.A., FORLACTARIA OPERADORES LECHEROS, S.A., CENTRAL LECHERA ASTURIANA, S.A., GRUPO **LECHE** RÍO, S.A., CENTRAL LECHERA DE GALICIA, S.L., SENOBLE IBERICA, S.L., **LECHE** CELTA, S.L. y FEIRACO LÁCTEOS, S.L.

7. La Dirección de Competencia elaboró, con fecha 19 de marzo de 2014, el Pliego de Concreción de Hechos. Pliego que fue subsanado con fecha 24 de abril de 2014 al advertirse una serie de errores en relación con la responsabilidad de las siguientes empresas: PULEVA FOOD S.L., CORPORACION ALIMENTARIA PEÑASANTA S.A., DANONE S.A., CALIDAD PASCUAL, NESTLÉ ESPAÑA, S.A., GREMIO DE INDUSTRIAS LÁCTEAS DE CATALUÑA, y ASOCIACIÓN DE EMPRESAS LÁCTEAS DE GALICIA. Con el acuerdo de 24 de abril de 2014 se reabría la instrucción del expediente bajo la justificación de *"subsanar, de acuerdo con lo establecido en el artículo 105.2 de la Ley 30/1992, determinados errores materiales del apartado 6.3 del Pliego de Concreción de Hechos..."*.

8. La entidad NESTLÉ ESPAÑA interpuso recurso de reposición frente a la decisión de la Dirección de la Competencia de corregir errores en el Pliego de Concreción de Hechos, recurso de reposición que se desestimó por resolución de 31 de julio de 2014 del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Y frente a este acuerdo, la mercantil NESTLÉ presentó recurso contencioso administrativo que se tramitó ante esta Sección Sexta de la Audiencia Nacional con el nº 343/2014 y que finalizó con sentencia estimatoria dictada en fecha 11 de julio de 2016 en la que se rechazó la posibilidad de calificar la conducta de la Dirección de Competencia de 24 de abril de 2014 como una mera rectificación de un error material ya que, en realidad, la Dirección de Competencia, al dejar sin efecto el acuerdo de cierre de la fase de instrucción, ya adoptado, y modificar el pliego de concreción de hechos ampliando la imputación, había alterado el procedimiento establecido, que no prevé una retroacción en ese trámite. Y la sentencia dictada concluía afirmando que *"esa lesión no deriva de la falta de audiencia, sino de la alteración del procedimiento sancionador, siendo así que la necesaria observancia de sus trámites constituye, como decíamos, la primera garantía para el sancionado."*

Criterio que ha sido confirmado en casación por el Tribunal Supremo mediante sentencia dictada en fecha 24 de julio de 2018.

9. Mientras se tramitaba y se resolvía el proceso jurisdiccional, la Dirección de Competencia continuó con los tramites del expediente sancionador y, en fecha 1 de agosto de 2014, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 33.1 del RDC, procedió al cierre de la fase de instrucción con el fin de redactar la propuesta de resolución prevista en el artículo 50.4 de la LDC.

10. La propuesta de resolución fue firmada por el Director de Competencia el 5 de agosto de 2014, y se notificó debidamente a las partes para que, de conformidad con el artículo 50.4 de la LDC, presentaran las alegaciones que estimasen convenientes.

11. El informe propuesta fue elevado al Consejo con fecha 2 de septiembre de 2014, y en el mismo se contenía una propuesta de sanción por infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, del artículo 1 de la Ley 15/2007 y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

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

13. Posteriormente el Consejo, en Sala de Competencia, 5 dictó resolución en su sesión de 26 de febrero de 2015 por la cual consideraba acreditada la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y del artículo 101 del TFUE,



sancionando a las empresas y asociaciones frente a las que se había seguido el expediente en los términos que resultan de la misma resolución. En concreto, imponía a la entidad PULEVA FOOD, S.L., una multa por importe de 10.269.557 euros.

14. Interpuesto por dicha empresa recurso contencioso administrativo, fue estimado en parte mediante sentencia de 28 de octubre de 2018 (PO 234/2015) de esta Sala de la Audiencia Nacional, que anuló la resolución recurrida ordenando la retroacción del procedimiento al momento inmediatamente anterior a la adopción del acuerdo de subsanación de errores de 24 de abril de 2014. Como se destaca en la resolución que ahora se impugna, esta misma Sala ha dictado sentencia, con el igual pronunciamiento, en todos los recursos contencioso-administrativos interpuestos por las sociedades sancionadas por el Consejo de la CNMC el 26 de febrero de 2015.

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

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

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

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

Asume a continuación la propuesta de la DC al considerar probada la existencia de conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 16/1989 y de la Ley 15/2007, así como por el artículo 101 del TFUE, constitutivas de una infracción única y continuada que englobaría prácticas de intercambio de información comercial sensible que podrían haberse materializado en determinados momentos en acuerdos de fijación de precios, reparto de mercado y control de excedentes.

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

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

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

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

En cuanto a la información sobre ganaderos, argumenta que los estos son los clientes que constituyen las fuentes de aprovisionamiento de la **leche** para su posterior transformación y comercialización de tal modo que el intercambio de esta información permitiría a las empresas adoptar una política común dirigida a ejercer un control, que la CNMC califica de absoluto, sobre la industria ganadera, dependiente de la industria transformadora y por tanto obligada a someterse a sus exigencias.

**TERCERO.-** Hechas estas consideraciones generales acerca del contenido de la resolución recurrida que resultan imprescindibles para delimitar el alcance de la imputación, y en cuanto a los motivos que se esgrimen en la demanda, argumenta en primer lugar la representación de PULEVA que se han vulnerado los principios de tipicidad y presunción de inocencia por "... *inexistencia de pruebas y falta de acreditación de la participación de PULEVA en conductas contrarias a la competencia*".



No obstante, antes de analizar si, en efecto, existe prueba de cargo suficiente frente a la entidad actora, debe hacerse una consideración sobre la sistemática de la resolución recurrida que, entendemos, tiene indudable relevancia sobre esta cuestión.

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

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

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

*"7. INDUSTRIAS LÁCTEAS DE GRANADA, S.L.U. (antes PULEVA FOOD S.L.)*

*Consta acreditada su participación en el intercambio de información entre las industrias lácteas en relación con precios y otras estrategias comerciales, desde 2001 a 2003 y desde 2006 a 2011.*

*Años 2001 (folio 8.507); 2002 (folios 8.508 y 8.509); 2003 (folios 2.101, 8.510); 2006 (folio 8.637 y 8.638); 2007 (folios 8.516, 8.518, 8.701 y 8.517); 2008 (folios 8.528, 4.067 a 4.069 y 2.132, 8641, 596); 2009 (folios 606 a 610, 611 a 613 y 8.544); 2010 (folio 8.551); 2011 (folio 8.555, 1.947 y 1.945).*

*Asimismo, consta su participación en el intercambio de información sobre ganaderos, en 2006 (folio 2.907)".*

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

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

Dicho esto, se justifica su participación en el intercambio de información entre las industrias lácteas en relación con precios y otras estrategias comerciales, desde 2001 a 2003 y desde 2006 a 2011, en los siguientes folios:

Año 2001. Folio 8507.

Año 2002. Folios 8.508 y 8.509.

Año 2003: Folios 2.101, 8.510.

Año 2006: Folios 8.637 y 8.638.

Año 2007: Folios 8.516, 8.518, 8.701 y 8.517.

Año 2008: Folios 8.528, 4.067 a 4.069 y 2.132, 8641, 596.

Año 2009: Folios 606 a 610, 611 a 613 y 8.544.

Año 2010: Folio 8.551.

Año 2011: Folios 8.555, 1.947 y 1.945.

Y su participación en el intercambio de información sobre ganaderos, en el folio 2.907.

Como pone de manifiesto la recurrente, son tres las clases de pruebas que resultan de los folios mencionados: correos electrónicos de las empresas; anotaciones contenidas en la agenda de D. Cesareo, responsable de compras de **leche** de PULEVA en la zona de Cataluña; e informes internos de PULEVA, algunos redactados también por el Sr. Cesareo.

Cuestiona a continuación el valor probatorio de todo ello por cuanto los correos internos de otras empresas no tienen, a su juicio, eficacia inculpativa respecto de terceros que no han intervenido en ellos, como sucedería con PUELVA.

Y en cuanto a las anotaciones e informes del Sr. Cesareo, entiende que se trata de "*... informes internos de un empleado que recoge sus impresiones sobre el mercado*", que carecen a su juicio de solidez y se limitan a describir el funcionamiento del mercado. Advierte que son anotaciones que no han podido ser verificadas por otras pruebas y que obedecen a una explicación razonable, pues se trataría de "*... notas preparatorias de*





*las conversaciones que mantenía con su superior jerárquico - Leovigildo - para analizar el posicionamiento de PULEVA frente a sus principales competidores en Cataluña".*

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

En efecto, la primera mención que hay en la resolución a la prueba incriminatoria de PULEVA aluden a las anotaciones manuscritas del Sr. Cesareo que obran al folio 8.507, y que documentan una reunión en la que participaron representantes de DANONE, NESTLÉ, y CAPSA, entre otras, y en ella constan menciones a los precios y a sus oscilaciones, tan significativas como *"DANONE.- No ha negociado ningún precio..."*.

De un contenido muy similar son las anotaciones que justifican la conducta en el año 2002 (folios 8.508 y 8.509), relativas a una reunión de febrero de ese año (a la que asistieron CLESA; DANONE, CAPSA, NESTLÉ y PULEV) y en la que se alude, en contra de lo sostenido por la demandante, a situaciones futuras: *"Precios.- Bajas generales 3 ptas... propuesta de bajar 1 pta. En marzo..."*.

En 2003 consta un correo interno de NESTLÉ de fecha 31 de octubre de 2003, titulado "precio octubre", en el que se evidencia que esta empresa conocía las estrategias sobre precios seguidas por las empresas PULEVA, DANONE, LAGASA, LACTALIS y LENGE. En relación a PULEVA, señala que *"... continúa con la subida que había pactado con sus cooperativas (subir una peseta en agosto, septiembre y octubre); ha trasladado esta subida en mayor o menor medida según zonas al resto de su recogida"*.

También se incluyen en el expediente (folio 8.510) las anotaciones del Sr. Cesareo acerca de una nueva reunión con asistencia de CLESA, DANONE, NESTLÉ y PULEVA, y en la que se hace referencia a un precio concreto para abril de ese año *"PRECIO ABRIL.- -3 ptas"*.

En 2006 la resolución sí refleja prueba incriminatoria respecto de PULEVA en contra de lo afirmado por esta, que sostiene que la falta de hechos probados en ese año implicaría la ruptura de la continuidad de la infracción y, con ello, la prescripción del período 2001-2003.

Dicha prueba está constituida por el informe recabado en la inspección de LACTALIS obrante a los folios 8.637 y 8.638 que lleva por título "REUNION APROVISIONAMIENTO NADELA 2006", en el que se menciona el anuncio de bajada de precios por parte de tres de las principales empresas y la reacción de las restantes a ese anuncio: *"como de costumbre las tres empresas en anunciar la bajada de precios hemos sido Capsa, Lactalis y Puleva. Danone y Leche Pascual se apuntaron al carro a partir de febrero, con la excusa que si los demás bajamos ellos tenían que bajar"* [sic]. En el informe también se cita un acuerdo de precios por parte de las empresas perteneciente a la asociación GIL: *"las empresas representadas por el Gremi expusimos la bajada de precios orientativa y que iba a suponer entorno al 4%"*.

Las pruebas de la existencia de intercambios de información en los años 2007 (folios 8.516, 8.518, 8.701 y 8.517) y 2008 (folios 8.528, 4.067 a 4.069 y 2.132, 8641, 596) son, en opinión de esta Sala, suficientemente expresivas de la participación de Puleva en los intercambios de información que se sancionan.

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

Basta la mera lectura del informe antes citado de la reunión "NADELA 2006", o de las anotaciones manuscritas de los folios 8.517 y 8.518 (con indicaciones tan expresivas como las relacionadas con la reunión G-4 en Madrid el martes 8 de mayo de 2007, en la que habría de abordarse la "bajada de precio realizado aprox. 2 ptas", "Equivalente **leche** polvo 63/64 ptas/lit y poca cantidad") para constatar que los intercambios de información existieron en realidad.

Respecto del año 2008, son igualmente demostrativas de ese intercambio las anotaciones que obran al folio 8.528: *"Llamada Sr.... Comentarios sobre los precios y sobrantes de **leche**", "Sr. Leovigildo precios. Me anuncia que van a bajar más los precios en abril"*.

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

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

En primer lugar, y respecto de la explicación que proporciona PULEVA respecto de las fuentes de información del Sr. Cesareo en el sentido de que era la persona encargada de negociar con los ganaderos y en el contacto



con ellos obtenía los datos que después refleja en sus anotaciones, carece a juicio de esta Sala de toda credibilidad.

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

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

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

Y si el intercambio de información estratégica sobre precios y condiciones comerciales estaría suficientemente acreditado en razón a lo expuesto, la segunda conducta que se atribuye a PULEVA, el intercambio de información sobre ganaderos, también lo está a la vista de la comunicación remitida en diciembre de 2006 por la empresa demandante a la SAT 615 NA LOS EDUARDOS (folio 2.907), en la cual PULEVA impone a esa entidad la venta de la **leche** a una empresa competidora, FORLACTARIA, bajo la amenaza de proceder en otro caso a ejecutar los avales que PULEVA tenía a su favor en garantía de anticipos realizados ("*En el supuesto de que no se acepte la obligación de entrega a la nueva sociedad ... nos veremos obligados a ejecutar los avales...*"). Es evidente, por consustancial a este requerimiento, que el intercambio de información entre las empresas y acerca de los ganaderos se habría producido también.

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

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

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

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

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

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



En sentencia de esta Sección de 27 de junio de 2022, recurso núm. 297/2017, hemos señalado lo siguiente: *"Vistas las diferentes posturas que mantienen ambas partes, debemos, entonces, examinar si efectivamente existen pruebas que permitan dar por acreditada la participación de la recurrente en la infracción única y continuada imputada. Y, en este sentido, ya en sentencia de fecha 9 de junio de 2016, recaída en el recurso 551/13, decíamos que: "En este tipo de actuaciones es difícil encontrarse con la existencia de pruebas directas que permitan acreditar la participación en las conductas infractoras; lo normal es que sea a través de indicios. Pues bien, la prueba de indicios está ampliamente aceptada por la jurisprudencia constitucional desde la SSTC 174 y 175/1988, y resulta práctica habitual en materia de cárteles, siempre que los indicios resulten probados de forma directa, tengan fuerza persuasiva, produzcan una convicción suficiente en el juzgador, se encuentren en directa relación con las consecuencias que se pretenden extraer de los mismos y no exista una explicación alternativa que permita desvirtuar las conclusiones a las que llega la Administración". Consideraciones que ratificamos en la sentencia de 15 de julio de 2016, recurso número 293/2012 que, al tratar sobre la prueba de indicios, decíamos: "(...) es bien sabido que su utilización en el ámbito del derecho de la competencia ha sido admitida por el Tribunal Supremo en sentencias de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997 (RJ 1997/7421 y RJ 1997/8582), 26 de octubre de 1998 (RJ 1998/7741) y 28 de enero de 1999 (RJ 1999/274). Para que la prueba de presunciones sea capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, resulta necesario que los indicios se basen no en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados, y que entre los hechos base y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano. Pues bien, todos los elementos fácticos señalados -cita en documentos y comportamiento de la actora-, llevan a una sola conclusión posible, y es la participación de la recurrente en los hechos que se le imputan; sin que se haya ofrecido una explicación alternativa razonable, y sin que la Sala alcance a encontrar otra explicación distinta de la dada por la CNC a los hechos que nos ocupan".*

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

Y en el ámbito europeo, podemos citar la sentencia de 27 de setiembre de 2006 del Tribunal General de la Unión Europea (TGUE), (asuntos acumulados T-44/02 OP, T-54/02 OPM, T-56/02 OP, T-60/02 OP y T-61/02 OP), que, en cuanto a la prueba de presunciones en materia de Derecho de la Competencia, señala que: *"Habida cuenta del carácter notorio de la prohibición de los acuerdos contrarios a la libre competencia, no puede exigirse a la Comisión que aporte documentos que justifiquen de manera explícita una toma de contacto entre los operadores afectados. En cualquier caso, los elementos fragmentarios y confusos de que pueda disponer la Comisión deberían poder completarse mediante deducciones que permitan la reconstitución de las circunstancias pertinentes. Por consiguiente, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia puede inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de otra explicación coherente, la prueba de una infracción a las normas sobre competencia (sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartados 55 a 57)"*.

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

*"(46)... es necesario que la Comisión presente pruebas precisas y concordantes para demostrar la existencia de la infracción (sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión), apartado 44 supra, apartado 62), y para asentar la firme convicción de que las infracciones alegadas constituyen restricciones sensibles de la competencia a efectos del artículo 81 CE, apartado 1 (sentencia de 21 de enero de 1999, Riviera Auto Service y otros/Comisión, T-185/96, T-189/96 y T-190/96, Rec. p. II-93).*

*(47) Sin embargo, debe señalarse que no todas las pruebas aportadas por la Comisión deben necesariamente responder a dichos criterios por lo que respecta a cada elemento de la infracción. Basta que la serie de indicios invocada por la institución, apreciada globalmente, responda a dicha exigencia (véase la sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión, apartado 44 supra, apartado 63, y la jurisprudencia citada).*

*(48) Además, habida cuenta del carácter notorio de la prohibición de los acuerdos contrarios a la libre competencia y de la clandestinidad en la que se ejecutan, por tanto, no puede exigirse a la Comisión que aporte documentos que justifiquen de manera explícita una toma de contacto entre los operadores afectados. En cualquier caso, los elementos fragmentarios y confusos de que pueda disponer la Comisión deberían poder completarse mediante deducciones que permitan la reconstitución de las circunstancias pertinentes. Por consiguiente, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia puede inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de otra explicación*





coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia (sentencia Dresdner Bank y otros/ Comisión apartado 44 supra, apartados 64 y 65, y sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004 [TJCE 2004, 8], Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartados 55 a 57)".

En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de fecha 12 de diciembre de 2014 declara en el asunto T-562/08 que "... en la mayoría de los casos, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia se infiere de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de otra explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia (sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 98 supra, apartados 55 a 57; véase la sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión, citada en el apartado 98 supra, apartados 64 y 65, y la jurisprudencia citada)".

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

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

Por todo ello, no cabe sino concluir que la participación de PULEVA en los intercambios de información que se le atribuyen ha sido suficientemente acreditada.

**CUARTO.**- La empresa demandante denuncia también que se han vulnerado sus derechos durante la tramitación del expediente.

Refiere así que la DC rechazó tomar en consideración sus alegaciones frente al Pliego de Concreción de Hechos (PCH), y relata al respecto lo siguiente:

"77. Tal y como se ha adelantado en los Antecedes de Hecho, la DC notificó el PCH a PULEVA el día 19 de marzo de 2014, concediéndole un plazo de quince días para la formulación de alegaciones contra el mismo. Este plazo fue ampliado por siete días a solicitud de PULEVA. El 14 de abril de 2014 -dentro del plazo ampliado- GLISA presentó sus alegaciones al PCH, a las que se remitió PULEVA mediante escrito presentado en la misma fecha.

78. Dos días más tarde, esto es, el 16 de abril de 2014, ambas sociedades presentaron una versión no confidencial de sus alegaciones por si algún interesado (distinto de la DC) quisiera acceder a su texto.

79. Sorprendentemente, recibieron un acuerdo de la instructora de 21 de abril de 2014 por el que se comunicaba a estas sociedades que:

"Dado que en el escrito de alegaciones de GRUPO LACTALIS IBERIA, S.A. de fecha de 14 de abril es confidencial tanto el cuerpo del documento como los anexos, que el escrito de PULEVA FOOD, S.L. (PULEVA) de 14 de abril se remite a las mencionadas alegaciones presentadas por LACTALIS y que la versión no confidencial de las mismas, de fecha 16 de abril de 2014, ha sido presentada fuera de plazo, dichas alegaciones no podrán ser contestadas en el Informe Propuesta si bien van a ser incorporadas en el expediente de referencia."

80. No solo eso: tras la reanudación del Expediente el 15 de noviembre de 2018, siendo dudoso, a la vista del tiempo transcurrido, si la DC mantendría la posición expresada en su acuerdo de 21 de abril de 2014, y a fin de evitar una posible violación de sus derechos, mediante escrito de 5 de diciembre de 2018 PULEVA se dirigió a la



DC solicitando que confirmara que no daría efecto al referido acuerdo y, por ello, que tomaría en consideración sus alegaciones al PCH. Pues bien, la DC no dio respuesta a la solicitud anterior hasta notificar la PR, documento a través del cual PULEVA conoció que sus alegaciones al Pliego no habían sido tenidas en cuenta, en clara violación de sus derechos.

81. La respuesta de la CNMC en la PR ha consistido en indicar que "nadie puede ser condenado en base a un documento declarado confidencial, ni tampoco un documento confidencial puede servir para exculpar a un interesado". De esta forma, se ha impedido no solo que la Resolución esté libre de importantes errores al ser esta posición claramente errónea por cuanto (i) los escritos en su versión "confidencial" son los que responden de manera más completa (en este caso, al PCH) y se dirigen a la autoridad que debe considerarlos (en este caso, la DC); y porque (ii) negar utilidad alguna a estos documentos, a pesar de que la Ley prevea expresamente su aportación y tratamiento, pone a las empresas en un compromiso difícilmente compatible con sus derechos de defensa, pues solo renunciando a sus secretos comerciales, podrían defenderse en los expedientes -lo que entre otros efectos convertiría a estos procedimientos en un cauce inevitable de compartición de datos confidenciales, en contra de los propios mandatos de las normas de competencia-, sino que resultan claramente contrarias a Derecho, vulnerando flagrantemente los derechos de defensa de PULEVA".

Considera que, con todo ello, se ha producido una "... gratuita e inexplicable lesión a sus derechos de defensa...", aunque no especifica cual ha de ser la consecuencia que se anude a la pretendida indefensión.

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

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

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

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

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

Se remite en ella a lo razonado en la de 20 de octubre de 2004, en la que se dice que "la Administración ha de dictar sus resoluciones con imparcialidad y objetividad. Por ello, en la elaboración de sus actos debe observar, cuando proceda - artículo 105.c) de la Constitución - el trámite esencial de audiencia del interesado", añadiendo que "del trámite de audiencia puede prescindir la Administración cuando no figuren en el expediente ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado ( artículo 91 de la Ley de Procedimiento Administrativo)" (hoy, 84 LRJPA ). Por ello "... debe concluirse que el trámite de audiencia, que desde luego es un trámite importante y es garantía del administrado, no debe ser aplicado en términos absolutos e indiferenciados a todos los actos administrativos: teniendo en cuenta que el citado artículo de la Constitución garantiza dicho trámite cuando proceda, es necesario atenerse a la naturaleza y alcance de los actos administrativos. El trámite de audiencia mira a la completa y eficaz defensa del interesado ( artículo 24 CE ), lo que exige que cuando se invoque la falta de audiencia, se examine y pondere el contenido del expediente en función de los preceptos constitucionales citados y el también citado artículo 91 LPA (hoy, 84 LRJPA ), a los fines de que no se sustraiga al interesado ningún dato que deba conocer".

Y alude asimismo a lo resuelto en la de 30 de septiembre de 2004, la cual "recuerda el apartado 4 del artículo 84, que permite prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado. Sin embargo, la



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

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

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

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

No puede desconocerse, además, que la recurrente pudo hacer valer sus alegaciones también frente a la propuesta de resolución, por lo que es indudable que no se ha generado la indefensión que denuncia.

**QUINTO** .- El segundo de los que la demandante califica como defectos procedimentales se refiere a la ausencia de cuantificación de la sanción en la propuesta de resolución.

A juicio de PULEVA, esa omisión infringe lo dispuesto en el artículo 89.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, según el cual "En la propuesta de resolución se fijarán de forma motivada los hechos que se consideren probados y su exacta calificación jurídica, se determinará la infracción que, en su caso, aquéllos constituyan, la persona o personas responsables y la sanción que se proponga, la valoración de las pruebas practicadas, en especial aquellas que constituyan los fundamentos básicos de la decisión, así como las medidas provisionales que, en su caso, se hubieran adoptado. Cuando la instrucción concluya la inexistencia de infracción o responsabilidad y no se haga uso de la facultad prevista en el apartado primero, la propuesta declarará esa circunstancia".

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

La aplicación de la Ley 30/1992, y hoy de la Ley 39/2015, tiene por tanto carácter supletorio respecto de la Ley de Defensa de la Competencia y sus normas de desarrollo, entre las que se encuentra el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, cuyo artículo 34 se refiere al contenido de la propuesta de resolución. Dispone dicho precepto que "La propuesta de resolución deberá contener los antecedentes del expediente, los hechos acreditados, sus autores, la calificación jurídica que le merezcan los hechos, la propuesta de declaración de existencia de infracción y, en su caso, los efectos producidos en el mercado, la responsabilidad que corresponda a sus autores, las circunstancias agravantes y atenuantes concurrentes y la propuesta de la Dirección de Investigación relativa a la exención o reducción del importe de la multa a la que se refieren los artículos 65 y 66 de la Ley 15/2007, de 3 de julio. Cuando la Dirección de Investigación considere que no ha quedado acreditada la existencia de prácticas prohibidas pondrá de manifiesto dicha circunstancia en su propuesta de resolución".



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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





c) La Comisión puede, en consecuencia, presumir la permanencia de una empresa durante todo el período de duración del **cártel**, aunque no se haya acreditado la participación de la empresa en cuestión en fases concretas, siempre que concurren los elementos suficientes para acreditar la participación de la empresa en un plan conjunto con una finalidad específica, que se prolonga en el tiempo. La consecuencia inmediata de ello es que el "dies a quo" del plazo de prescripción, se computa a partir del cese de la última conducta(...). ... si no existen pruebas que permitan demostrar directamente la duración de una infracción, la Comisión debe basarse al menos en pruebas de hechos suficientemente próximos en el tiempo, de modo que pueda admitirse razonablemente que la infracción prosiguió de manera ininterrumpida entre dos fechas concretas (véanse las sentencias del Tribunal de 7 de julio de 1994, *Dunlop Slazenger/Comisión*, T-43/92, Rec. p. II-441, apartado 79, y de 16 de noviembre de 2006, *Peróxidos Orgánicos/Comisión*, T-120/04, Rec. p. II-4441, apartado 51, y la jurisprudencia citada)".

Frente a lo afirmado por la entidad actora, concurren en el presente caso las notas que caracterizan a esta clase de infracciones pues la dinámica y naturaleza de las conductas, su prolongación en el tiempo y la existencia de un objetivo común resultan sin duda acreditados a la vista de la prueba acopiada a lo largo del expediente.

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

Los intercambios de información sobre ganaderos propiciaron el control sobre la cesión de los mismos entre las empresas, que evitaban así negociar con ellos y competir por lo tanto por las fuentes de aprovisionamiento. Ejemplo claro lo encontramos en el ya analizado requerimiento formulado por PULEVA a un productor de **leche** conminándolo a vender su producción a otra empresa bajo amenaza de ejecutar los avales que garantizaban la devolución de un anticipo que le había proporcionado la misma recurrente (folio 2.907)

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

No obstante, la propia resolución admite que dicha continuidad se habría roto en el caso de NESTLÉ al haberse interrumpido su conducta en el período comprendido entre los años 2003 y 2007, por lo que, dice, "El extenso lapso temporal sin prueba de infracción comprendido entre los años 2003 y 2007 permite concluir a esta Sala que el primer periodo infractor ha prescrito".

Al hilo de esta decisión, reclama PULEVA que se haga la misma declaración respecto del período infractor 2001-2003 que se le imputa, recordando la jurisprudencia del TJUE sobre la cuestión y el hecho de que la interrupción se extendería, en todo caso, por un periodo superior a dos años.

A estos efectos, ha de decirse que, consta su participación en la conducta en 2003 pues, como hemos expuesto al abordar la prueba incriminatoria de PULEVA en el fundamento tercero, dicha participación resulta de un correo interno de NESTLÉ de fecha 31 de octubre de 2003 donde se pone de manifiesto que esta empresa conocía las estrategias sobre precios seguidas por PULEVA al señalar respecto de la misma que "... continúa con la subida que había pactado con sus cooperativas (subir una peseta en agosto, septiembre y octubre); ha trasladado esta subida en mayor o menor medida según zonas al resto de su recogida". A ello se unen las anotaciones del Sr. Cesareo acerca de una nueva reunión con asistencia de CLESA, DANONE, NESTLÉ y PULEVA, y en la que se hace referencia a un precio concreto para abril de ese año "PRECIO ABRIL.- -3 ptas". (folio 8.510).

Y, al propio tiempo, existe prueba de su participación en el intercambio de información también en 2006, prueba que estaría constituida por el informe recabado en la inspección de LACTALIS (folios 8.637 y 8.638) en el que, bajo el "REUNION APROVISIONAMIENTO NADELA 2006", se recoge el anuncio de bajada de precios por parte de tres de las principales empresas, y la reacción de las restantes a ese anuncio: "como de costumbre las tres empresas en anunciar la bajada de precios hemos sido Capsa, Lactalis y Puleva. Danone y **Leche** Pascual se apuntaron al carro a partir de febrero, con la excusa que si los demás bajamos ellos tenían que bajar" [sic].

En el informe también se cita un acuerdo de precios por parte de las empresas perteneciente a la asociación GIL: "las empresas representadas por el Gremi expusimos la bajada de precios orientativa y que iba a suponer entorno al 4%".

Procede entonces plantearse si la falta de acreditación de intercambios de información en dicho período permite considerar que la continuidad se habría roto en el caso de PULEVA, como sostiene esta, con la consecuencia de declarar prescritas las conductas que le atribuye la CNMC anteriores a 2006.



Igual cuestión se ha planteado, con una coincidencia sensible en cuanto al período de interrupción de la prueba de los intercambios, en el recurso núm. 2254/19 seguido a instancia de DANONE, y que resolvemos en sentencia de esta misma fecha en la que hemos dicho lo siguiente:

"Esto significa que tenemos un largo periodo de inactividad de DANONE en la conducta imputada. Concretamente, desde el 31 de octubre de 2003, con el correo de NESTLÉ titulado *precio octubre* hasta el 2006 coincidiendo con la «REUNIÓN APROVISIONAMIENTO NADELA». Hay un vacío de más de dos años que, a juicio de esta Sala, rompe la continuidad de la infracción.

Este hueco temporal tiene sus consecuencias cuando estamos, como es el caso, ante una infracción única y continuada. Recordemos que el que se trate de una infracción de esta naturaleza implica que (i) la participación de una empresa no se haya interrumpido aunque no disponga de pruebas de la infracción durante algunos periodos específicos, siempre que las diferentes acciones que forman parte de esa infracción persigan una sola finalidad y puedan insertarse en una infracción de carácter único y continuo, apreciación esa que debe sustentarse en indicios objetivos y concordantes acreditativos de la existencia de un plan conjunto; (ii) habilita la imposición de la multa por todo el periodo a cualquiera de los partícipes; (iii) y el plazo de prescripción queda interrumpido por la continuidad en la infracción.

Uno de los principales problemas, cuando nos encontramos ante periodos de inactividad, es fijar el tiempo que debe pasar entre ambos, para poder valorar si las conductas deben integrarse en una sola y única infracción o podrían constituir dos o más infracciones consumadas en hitos temporales diferentes. A la pregunta de cuánto tiempo se considera razonable para que se considere interrumpida la continuidad de una infracción, la ya citada STG de 17 de mayo de 2013, Trelleborg, asuntos acumulados T14 7/09 y T148/09, valora un tiempo aproximado a los dos años « [I]a Comisión no dispone de ninguna prueba de la implicación de las demandantes en esos contactos multilaterales durante el período intermedio, que duró más de dos años, o de que hubieran participado en las reuniones que tuvieron lugar con objeto de reactivar el **cartel**, ni siquiera que hubieran tenido conocimiento de ellas [...]» (apartado 66), periodo durante el que no existieron « [i]ndicios objetivos y concordantes que permitan apreciar la implicación de las demandantes en los contactos mantenidos durante el período de crisis del **cartel** [...]» (apartado 68). No obstante, este periodo de tiempo tiene un valor meramente indicativo por lo casuístico de las situaciones a tratar, lo obliga a valorar en cada caso concreto las circunstancias concurrentes ante la ausencia de un pronunciamiento público y expreso de apartamiento del **cartel**, como apuntaba la ya citada STJUE de 8 de julio de 1999 Comisión/Anic Partecipazioni, (apartado 50).

Como advertimos, el plazo de dos años, aproximadamente, al que se refiere la jurisprudencia comunitaria es solo orientativo, lo que obliga examinar en cada caso y en función de las circunstancias que concurran en la que la conducta colusoria, la trascendencia que la ausencia de elementos incriminatorios pueda tener.

En el supuesto que examinamos, además de la irrelevancia del año 2004, al que ya nos hemos referido por la total orfandad de hechos relevadores del intercambio de información, debemos añadir que (i) por las características del mercado afectado, estamos ante intercambios de carácter frecuente o casi diarios, aunque no se hubieran materializado así, puesto que giraban sobre el precio de la **leche** cruda que, cada día, vendían los ganaderos; (ii) la información a la que se refieren los intercambios requería un contacto frecuente y sostenido en el tiempo. En consecuencia, la ausencia de intercambio de información durante un periodo, de al menos dos años y varios meses, sí resulta relevante e incide de cara la infracción única y continua a la que se sostiene el acuerdo sancionador. So

En el presente caso ya no estaríamos ante una sola infracción única y continuada sino ante dos infracciones distintas, una primera que va de los años 2001 al 2003 y otra del 2006, coincidiendo con la *REUNIÓN APROVISIONAMIENTO NADELA 2006* cuya fecha exacta ni tan siquiera fija el acuerdo sancionador, al 2011. La consecuencia es que, el 23 de julio de 2012, cuando se inició el procedimiento sancionador contra DANONE, habían transcurrido más de los cuatro años previstos en el artículo 69.1 de la LDC, respecto de los hechos ocurridos entre 2001 y 2003, lo que implica la prescripción de las infracciones que pudieran haberse cometido en ese periodo.

Tampoco podemos obviar, que la propia resolución, al folio 88 y en cuanto a NESTLÉ, a la que inicialmente se le imputaba una sola infracción única y continuada desde el 2001 a 2003 y desde 2007 a 2010, declara prescrito el primer periodo debido « [E]l extenso lapso temporal sin prueba de infracción comprendido entre los años 2003 y 2007 [...] ». Es cierto que en ese caso el plazo de ausencia probatoria es superior, pero no lo es menos la ausencia de razones por parte de la CNMC para apartarse de ese criterio en periodos de ausencia superiores a los dos años, por las razones que hemos expresado".

Consideraciones que deben reiterarse aquí ante la coincidencia del período de interrupción: desde el 31 de octubre de 2003, hasta la *REUNIÓN APROVISIONAMIENTO NADELA 2006*. Con la consecuencia de declarar prescrito el período de imputación anterior al año 2006.



**SÉPTIMO**.- Cuestiona por último la empresa demandante la cuantificación de la multa por suponer que carece de motivación, además de resultar desproporcionada y vulnerar el principio de *non bis in idem*.

Sobre la motivación de la cuantificación de la multa en relación a resoluciones de la CNMC que han seguido la misma sistemática que en este caso nos hemos pronunciado en diversas ocasiones, al ser una alegación constante de las empresas sancionadas.

Como destacábamos en esos supuestos, también aquí la resolución parte de los criterios interpretativos que, acerca de esta cuestión, la de la cuantificación de la multa, proporciona la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, recurso núm. 2872/2013, criterios que resume la resolución recurrida de cuyo texto podemos destacar lo siguiente:

*- "Los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben individualizarse. Tales límites "constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje". Se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica. Cada uno de esos tres porcentajes, precisamente por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría, han de servir de referencia para, a partir de ellos y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones."*

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

A continuación, deduce que la nueva determinación de la sanción deberá concretarse en un arco que discurre del cero al 10% del volumen de negocios total de las empresas infractoras en el ejercicio anterior al de dictarse resolución (esto es, 2018), y que, dentro de dicho arco sancionador, la multa deberá graduarse conforme a los criterios de graduación previstos en el artículo 64 de la Ley 15/2007.

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

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

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

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

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

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

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

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

Hechas estas consideraciones generales, y en cuanto a los criterios para la valoración de la conducta de cada una de las entidades incoadas, toma en consideración la duración individual, el volumen de negocios del



mercado afectado por cada empresa, así como el porcentaje de participación de cada una de ellas en el total del volumen de negocios en el mercado afectado (VNMA) durante la infracción.

En el caso de PULEVA, le atribuye una participación que se habría extendido por los períodos Noviembre 2001-octubre 2003 y enero 2006-octubre 2011; y fija su volumen de negocios en el mercado afectado en la cantidad de 1.643.253.388 euros, que determina un porcentaje de participación en el volumen de negocios total del mercado afectado del 24%.

Sin embargo, al identificar el número de conductas en las que participó PULEVA como criterio a tener en cuenta para fijar del importe de la multa, indica que participó en tres conductas.

Esto es contradictorio con la imputación que se hace a la demandante, pues únicamente se le atribuye su participación en dos conductas, el intercambio de información sobre precios y condiciones comerciales y el intercambio de información sobre ganaderos.

En ningún pasaje de la resolución se imputa a PULEVA una tercera conducta, en este caso el intercambio de información sobre excedentes de **leche**. En esto se equivoca el Abogado del Estado en la contestación a la demanda cuando afirma que "... como hemos visto más arriba (pág. 93) en la resolución quedó acreditada su participación en todas las conductas", pues basta comprobar que en la citada página solo se imputan a PULEVA el intercambio de información sobre precios y condiciones comerciales y el intercambio de información sobre ganaderos.

Por tanto, la cuantificación de la sanción se ha hecho sobre la base de un criterio sin duda erróneo, siendo así que es la misma resolución recurrida la que explicita que en la determinación del tipo sancionador aplicable a cada empresa se ha tomado en consideración, entre otros criterios, el "Nº de conductas en las que ha participado" (sic, páginas 147 y 148).

Consecuencia obligada de todo ello es que procede estimar en parte el recurso y anular la resolución impugnada en el solo extremo relativo a la cuantificación de la multa a fin de que la CNMC proceda de nuevo a fijar su importe teniendo en cuenta la participación de PULEVA únicamente en las conductas consistentes en intercambio de información sobre precios y condiciones comerciales, e intercambio de información sobre ganaderos, respecto de las cuales se habría acreditado su responsabilidad como hemos constatado en los fundamentos precedentes.

**NOVENO.-** No obstante, la Sala está en condiciones de abordar los dos últimos argumentos sobre los que sustenta PULEVA la incorrección de la multa, y que han de quedar resueltos ahora.

Se trata, en primer lugar, de la producción de efectos en el mercado por causa de las conductas sancionadas, efectos que la CNMC asegura se produjeron y que son negados por la recurrente.

Antes de determinar si dichos efectos pudieron o no causarse, debemos recordar que nos encontramos ante una infracción por el objeto, de tal suerte que no es necesario que se acredite la producción de efectos en el mercado para considerar que dicha infracción se ha consumado. Y puesto que esta, la de que estamos ante una infracción por objeto, no es una cuestión discutida, nos remitimos a la jurisprudencia europea que la aborda y que, por conocida, es ocioso citar aquí.

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

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

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

La prolongación en el tiempo de las conductas consistentes en el intercambio de información sobre precios y condiciones comerciales evidencia el interés que suscitaba esta práctica entre las empresas participantes, pues de no ser así no se habrían mantenido durante años, ni habrían asumido el riesgo potencial que entrañaba en cuanto suponía un acuerdo entre competidores. La disminución, y más aún la desaparición de la





competencia en el mercado, constituye por sí un efecto nocivo, y dicha desaparición, fruto de los intercambios de información, ha sido reconocida incluso por las propias empresas como se plasmó en el informe que lleva por rúbrica "PRECIOS ZONA CATALUÑA Y ARAGON AGOSTO 2007" (folio 8.633), en el que literalmente se dice que "La competencia directa entre las industrias que intervenimos en Cataluña no existe".

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

Además de su crítica a la causación de efectos en el mercado, considera la demandante que "... la sanción impuesta en este caso a PULEVA deberá ser anulada, por cuanto un mismo volumen de negocio habría sido utilizado en dos ocasiones como base para imponer sendas multas: una a GLISA y otra a PULEVA".

Sin embargo, es suficiente comprobar la base sobre la cual calculó la sanción la CNMC para constatar que dicha duplicidad no existió pues, por un lado, solo se atendió al tiempo en que PULEVA habría cometido la infracción, es decir, los períodos 2001 a 2003 y 2006 a 2011; y por otro, la cifra de volumen de negocios tomada en consideración para determinar el importe de la multa fue facilitada por PULEVA a requerimiento de la CNMC (folios 18.904 y 18.905) y, como destaca la resolución misma, únicamente se tuvieron en cuenta las correspondientes a los períodos en que participó en la infracción.

**DÉCIMO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no se hace especial imposición de las costas de esta instancia atendido el pronunciamiento parcialmente estimatorio del recurso.

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

## FALLAMOS

1.- Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo núm. 2263/19 promovido por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira en nombre y representación de **INDUSTRIA LÁCTEAS DE GRANADA, S.L.U. (PULEVA)**, contra la resolución de 11 de julio de 2019, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 10.269.557 euros.

2.- Anular la referida resolución en cuanto imputa a la entidad actora el período comprendido entre noviembre de 2001 y enero de 2006, período que se declara prescrito en los términos que resultan del fundamento de derecho sexto de esta sentencia.

3.- Remitir las actuaciones a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a fin de que dicte otra en la cual fije su importe teniendo en cuenta lo resuelto en el punto anterior y en el fundamento de derecho octavo de esta sentencia, en cuanto al número de conductas atribuidas a la entidad actora.

Sin hacer expresa imposición de las costas causadas.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.