



Roj: **SJM B 213/2024 - ECLI:ES:JMB:2024:213**

Id Cendoj: **08019470112024100004**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Barcelona**

Sección: **11**

Fecha: **25/07/2024**

Nº de Recurso: [REDACTED]

Nº de Resolución: [REDACTED]

Procedimiento: **Procedimiento Ordinario. Defensa de la competencia (Art. 249.1.4 LEC)**

Ponente: **JOSE MARIA FERNANDEZ SEIJO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Barcelona

Avenida Gran Via de les Corts Catalanes, 111, (Edifici C) - Barcelona - C.P.: 08075

TEL.: 938567959

FAX: 938844945

E-MAIL: mercantil11.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801947120228016351

Procedimiento ordinario (Materia mercantil art. 249.1.4) - 1537/2022 -3

Materia: Demandas sobre defensa de competencia

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 5381000004153722

Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES 55 0049 3569 9200 0500 1274.

Beneficiario: Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Barcelona

Concepto: 5381000004153722

Parte demandante/ejecutante: [REDACTED]

Procurador/a: [REDACTED]

Abogado/a: [REDACTED] Parte demandada/ejecutada: DANONE S.A.

Procurador/a: [REDACTED]

Abogado/a:

SENTENCIA N° 229/2024

Magistrado: José María Fernández Seijo

Barcelona, 25 de julio de 2024

Vistos por José M^a Fernández Seijo, magistrado del Juzgado Mercantil nº 11 de Barcelona, los presentes autos de juicio ordinario seguido con el número 1537/2022 entre:

Demandante. [REDACTED]. Domiciliada en [REDACTED].
[REDACTED]. Representada por el procurador de los tribunales [REDACTED] y asistida por los abogados [REDACTED].

Demandada. Danone, S.A. (CIF:A-17.000.852). Domiciliada en Barcelona calle Buenos Aires nº 21.
Representada por la procuradora de los tribunales [REDACTED] y asistida por el [REDACTED].



Materia.- Defensa de la competencia. Reclamación de daños.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El día 1 de diciembre de 2022 se turnó en este juzgado demanda de juicio ordinario instada por el procurador de los tribunales Sr. Tartón, en nombre y representación de [REDACTED]. La demanda se dirigía frente a Danone, S.A., ejercitándose acciones de defensa de la competencia y reclamación de daños. El suplico de la demanda era el siguiente:

«1. Se declare que: (a) la conducta descrita en esta Demanda, en base a lo acreditado por la Resolución de 19 de julio de 2019 de la CNMC y el resto de la prueba practicada en este procedimiento, es constitutiva de una infracción del artículo 101 TFUE, así como del artículo 1 LDC y la Ley 16/1989; (b) la Demandada es responsable solidario de dicha conducta; y (c) la conducta ha causado daños y perjuicios a la Actora.

2. Se condene a la Demandada al pago de la siguiente cantidad, o en su defecto la cantidad que se determine en sentencia, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, más los intereses legales moratorios devengados desde la fecha de interposición de la demanda, a la Actora: 2.556.847,76 €.

3. Subsidiariamente, en el caso de que no se estime la petición de intereses legales moratorios desde la interposición de la demanda, se condene a la actualización de la cantidad solicitada en concepto de indemnización de daños y perjuicios conforme al mismo sistema de capitalización compuesta aplicado en el Informe Pericial para el cálculo del daño, actualizado a la fecha de la sentencia, con los intereses legales del art. 576 LEC desde la sentencia.

Todo ello con expresa condena por las costas causadas a la parte Actora.»

Por medio de otrosí se solicitaba la exhibición de varios documentos, referidos al expediente sancionador previo a este procedimiento, seguido ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Estas peticiones fueron rechazadas en pieza incidental de acceso a fuentes de prueba 1/2023, auto de 22 de junio de 2023. La misma petición se reproduce en la audiencia previa, rechazándose también.

Segundo.- La demanda fue admitida a trámite por decreto de 11 de enero de 2023, ordenando emplazar a la demandada.

Tercero.- Por escrito de 26 de enero de 2023 compareció la procuradora [REDACTED], en representación de Danone, S.A. solicitando la suspensión del procedimiento por prejudicialidad administrativa, por no ser firme la resolución administrativa en la que la actora soporta sus pretensiones principales, tramitada y resuelta por auto de 6 de febrero de 2023, rechazando dicha pretensión. Esta resolución se sometió a una petición previa de aclaración y a recurso de reposición.

Cuarto.- Por escrito de 21 de marzo de 2023 contestó a la demanda la procuradora [REDACTED], en nombre y representación de, oponiéndose a lo pretendido de contrario conforme a las excepciones, hechos y fundamentos que a sus intereses correspondieron, solicitando que se desestimara la demanda. La demandada también solicitaba el acceso a fuentes de prueba por medio de otrosí, abriéndose pieza separada al respecto, tramitada con el número 37/2023, resuelta por auto de 22 de junio de 2023, resolución que se sometió a reposición.

Quinto.- Por diligencia de 1 de septiembre de 2023 se tuvo por contestada la demanda y se convocó a las partes a audiencia previa finalmente celebrada el 30 de octubre de 2023.

Quinto.- En la fecha señalada para la audiencia previa las partes personadas se ratificaron en sus planteamientos iniciales, concretaron sus pretensiones y propusieron prueba.

Sexto.- Admitida y declarada pertinente la prueba propuesta, se convocó a las partes a vista de juicio señalado en dos sesiones, de 20 y 21 de junio de 2024.

Séptimo.- El día de referencia se celebró la vista de juicio. Tras la práctica de la prueba se procedió al trámite de conclusiones, quedando los autos sobre mi mesa para dictar.

Hechos probados

A la vista de la prueba practicada y de conformidad con el artículo 209.2ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil debe considerarse probado:

1) [REDACTED] es una empresa titular de una explotación de ganado bovino.



2) Dentro de su actividad productiva, la demandante tenía acuerdos de suministro de leche a distintas empresas mayoristas del sector lácteo.

3) Desde al menos enero de 2003 hasta el año 2011 se constatan contactos por correo electrónico entre las principales empresas del sector lácteo, es decir, empresas que compraban directamente leche a distintas explotaciones de ganado bovino. Estos correos se cruzan entre Nestlé, Puleva, Danone, Lagasa, Lactalis y Lence. En ellos se intercambia información sobre las decisiones adoptadas por esas empresas en cuanto al precio de compra de leche cruda, mencionándose las subidas de precio de compra decididas por cada una de esas empresas.

Esos correos electrónicos hacen mención a contactos telefónicos previos o paralelos a las comunicaciones escritas.

Los correos los remiten trabajadores cualificados de las empresas y en ellos aparece al detalle las subidas o bajadas del precio de compra de leche decididas por cada una de las empresas.

El contenido e información de dichos correos se refleja en las agendas personales de esos trabajadores cualificados y en cuadros en formato Excel.

4) Esos correos electrónicos y contactos telefónicos se alternan con reuniones entre esas empresas compradoras en las que se cruzan datos sobre los precios que cada una de ellas ha fijado con los distintos titulares de granjas y explotaciones bovinas.

Esas reuniones se celebraban entre las principales empresas del sector de compra mayorista de Leche: Lactalis/Puleva, Danone, Pascual y Capsa). También se producen reuniones en el seno del Gremio de Industrias Lácteas de Cataluña (GIL) y la Asociación de Empresas Lácteas de Galicia (AELGA) en las que se cruza información destinada a coordinar los precios de compra de leche cruda a los distintos ganaderos, haciéndose mención a los precios medios que quedarán para distintos meses, así como los precios de referencia.

5) Ese conjunto de contactos e informaciones cruzadas se mantiene hasta el año 2013. Las empresas del sector mayorista de compra de productos lácteos para su transformación participaron en esos contactos y reuniones bilaterales o multilaterales en distintos momentos y con distinta intensidad entre el año 2001 y el año 2013.

6) Distintas autoridades autonómicas (Castilla y León, Cataluña, Galicia) de defensa de la competencia abrieron expedientes de investigación y realizaron estudios sobre el comportamiento de los precios del sector lácteo en distintas comunidades autónomas. También presentaron denuncias ante las autoridades de competencia algunas organizaciones que defendían los intereses de los productores de leche.

7) Las actuaciones inspectoras y los informes elaborados por distintas autoridades autonómicas (en concreto el que elabora el Servicio de Defensa de la Competencia de Castilla y León) tiene entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) en marzo de 2011. También se presenta ante la CNMC denuncia por una de las agrupaciones constituidas en defensa de los productores de leche (UPA).

8) La CNMC traslada ese informe y esa denuncia a su unidad de instrucción que inicia sus investigaciones, así como distintas diligencias administrativas (incluidas inspecciones a las sedes de las empresas del sector). Abriéndose un expediente sancionador en julio de 2012 que conduce a un expediente administrativo identificado con el nº S/0425/12 INDUSTRIAS LÁCTEAS 2, que da lugar a una primera sanción administrativa de la CNMC dictada el 26 de febrero de 2015. La parte dispositiva de dicha resolución es la siguiente:

«HA RESUELTO

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, en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Sexto de esta Resolución.

SEGUNDO.- De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de Derecho Séptimo, declarar responsables de las citadas infracciones a las siguientes empresas:

1. ASOCIACIÓN DE EMPRESAS LÁCTEAS DE GALICIA

a) Intercambio de información entre las industrias lácteas en relación con precios, excedentes y otras estrategias comerciales, que en algunos momentos se han materializado en acuerdos de reparto de mercado: de 2008 a 2009 y en 2011.

2. CALIDAD PASCUAL (Antes GRUPO LECHE PASCUAL S.A.)

a) Intercambio de información entre las industrias lácteas en relación con precios y estrategias comerciales, que en algunos momentos se han materializado en acuerdos: desde 2007 a 2012.

3. CENTRAL LECHERA ASTURIANA, S.A.T.

a) Intercambio de información entre las industrias lácteas en relación con precios y estrategias comerciales, que en algunos momentos se han materializado en acuerdos: desde 2008 a 2010.

4. CENTRAL LECHERA DE GALICIA S.L.

a) Intercambio de información entre las industrias lácteas sobre ganaderos, con acuerdos de reparto de mercado, en 2013.

5. CORPORACION ALIMENTARIA PEÑASANTA S.A.

a) Intercambio de información entre las industrias lácteas en relación con precios y estrategias comerciales, que en algunos momentos, se han materializado en acuerdos: desde 2001 a 2004, y desde 2006 a 2012.

b) Intercambio de información entre las industrias lácteas sobre ganaderos, que en algunos casos se han materializado en acuerdos de reparto de mercado, en 2000, 2011 y 2012.

6. DANONE S.A.

a) Intercambio de información entre las industrias lácteas en relación con precios y estrategias comerciales, que en algunos momentos se han materializado en acuerdos: desde 2001 a 2004, y desde 2006 a 2012.

b) Intercambio de información entre las industrias lácteas sobre ganaderos, que en algunos momentos se han materializado en acuerdos de reparto de mercado, en 2000 y en 2010.

7. GREMIO DE INDUSTRIAS LÁCTEAS DE CATALUÑA

a) Intercambio de información entre las industrias lácteas en relación con precios y estrategias comerciales, que en algunos momentos se han materializado en acuerdos: de 2001 a 2004 y de 2006 a 2010.

b) Intercambio de información entre las industrias lácteas sobre ganaderos, que en algunos momentos se han materializado en acuerdos de reparto de mercado, en 2000.

8. GRUPO LACTALIS IBERIA S.A.

a) Intercambio de información entre las industrias lácteas en relación con precios y estrategias comerciales, que en determinados momentos se han materializado en acuerdos: desde 2003 hasta 2012, a excepción de 2005.

b) Intercambio de información entre las industrias lácteas sobre ganaderos, que en algunos momentos se han materializado en acuerdos de reparto de mercado, en 2008 y desde 2010 a 2012.

Además es responsable, por el principio de continuidad económica, de las siguientes actuaciones y prácticas llevadas a cabo por PRADO CERVERA:

a) Intercambio de información entre las industrias lácteas en relación con precios y estrategias comerciales, que en algunos momentos, se han materializado en acuerdos, por la participación de PRADO CERVERA en 2001, 2002, 2003 y 2004.

b) Intercambio de información entre las industrias lácteas sobre ganaderos, que en algunos momentos, se han materializado en acuerdos de reparto de mercado, por la participación de PRADO CERVERA, en el año 2000.

9. NESTLÉ ESPAÑA, S.A.

a) Intercambio de información entre las industrias lácteas en relación con precios y estrategias -comerciales, que en algunos momentos se han materializado en acuerdos: desde 2001 a 2004, y desde 2006 a 2010.

b) Intercambio de información entre las industrias lácteas sobre ganaderos, que en algunos momentos se han materializado en acuerdos de reparto de mercado, en 2000, y desde 2008 a 2010.

10. PULEVA FOOD S.L.

a) Intercambio de información entre las industrias lácteas en relación con precios, excedentes y otras estrategias comerciales, que en algunos momentos se han materializado en acuerdos: desde 2001 a 2004, y desde 2006 a 2012.

b) Intercambio de información entre las industrias lácteas sobre ganaderos, que en algunos momentos se han materializado en acuerdos de reparto de mercado, en 2006.

11. SENOBLE IBÉRICA S.L.

a) Intercambio de información entre las industrias lácteas sobre ganaderos, con acuerdos de reparto de mercado, en 2013.

TERCERO.- imponer a las autoras responsables de las conductas infractoras las siguientes multas.

1. ASOCIACIÓN DE EMPRESAS LÁCTEAS DE GALICIA: 100.000 euros
2. CALIDAD PASCUAL (Antes GRUPO LECHE PASCUAL S.A.): 8.560.363 euros
3. CENTRAL LECHERA ASTURIANA, S.A.T.: 698.477 euros
4. CENTRAL LECHERA DE GALICIA S.L.: 53.310 euros
5. CORPORACION ALIMENTARIA PEÑASANTA S.A.: 21.864.645 euros
6. DANONE S.A.: 23.201.850 euros
7. GREMIO DE INDUSTRIAS LÁCTEAS DE CATALUÑA: 200.000 euros
8. GRUPO LACTALIS IBERIA S.A.: 11.692.998 euros
9. NESTLÉ ESPAÑA, S.A.: 10.687.970 euros
10. PULEVA FOOD S.L.: 10.269.557 euros
11. SENOBLE IBÉRICA S.L.: 929.644 euros

CUARTO.- Declarar prescrita la infracción para las empresas INDUSTRIAS LÁCTEAS ASTURIANAS, S.A., GRUPO LECHE RIO, S.A., FEIRACO LÁCTEOS, S.L., LECHE CELTA, S.L. y FORLACTARIA OPERADORES LECHEROS, S.A.

QUINTO.- 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.

SEXTO.- Resolver sobre la confidencialidad relativa a la documentación aportada por las empresas de conformidad con lo señalado en el Fundamento de Derecho Quinto.»

8) Esta primera resolución de la CNMC fue anulada por distintas sentencias dictadas por la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 24 de octubre de 2018 (sirva como referencia de una de ellas la ECLI:ES:AN:2018:3649).

9) A raíz de la anulación de la resolución de 2015, la CNMC retoma el expediente sancionador S0425/12 (Industrias Lácteas 2) y dicta nueva resolución el 11 de julio de 2019. Los hechos que la CNMC considera probados son, sustancialmente, los mismos que aparecen en la resolución de 2015. La parte dispositiva de esta nueva resolución es la siguiente:

«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, S.A. (Antes GRUPO LECHE PASCUAL S.A.)
2. CENTRAL LECHERA DE GALICIA (CELEGA, S.L.)
3. CORPORACION ALIMENTARIA PEÑASANTA, S.A.
4. DANONE, S.A.
5. GRUPO LACTALIS IBERIA S.A.
6. NESTLÉ ESPAÑA, S.A.
7. INDUSTRIAS LÁCTEAS DE GRANADA, S.L.U. (antes PULEVA FOOD S.L.)
8. SCHREIBER FOOD ESPAÑA, S.L. (antes SENOBLE IBÉRICA S.L.)
9. ASOCIACIÓN DE EMPRESAS LÁCTEAS DE GALICIA
10. GREMIO DE INDUSTRIAS LÁCTEAS DE CATALUÑA

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

1. CALIDAD PASCUAL, S.A.: 8.560.363 euros
2. CENTRAL LECHERA DE GALICIA (CELEGA, S.L.): 53.310 euros

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

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

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

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

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

10) La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha dictado el 13 de febrero de 2024 una serie de sentencias (7) que anulan en parte la resolución de la CNMC de 2019.

- En lo que afecta a Danone, la Sentencia es la ECLI:ES:AN:2024:581). En el fallo de la sentencia se indica que: «*Estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por DANONE S.A. contra el acuerdo de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 11 de julio de 2019, en el marco del expediente sancionador NUM000 INDUSTRIAS LÁCTEAS 2, resolución que anulamos en los términos establecidos en el fundamento décimoprimer de esta sentencia, sin pronunciamiento en costas.*»

El fundamento décimoprimer de la sentencia tiene el siguiente redactado:

«*El presente recurso debe ser parcialmente acogido solo en lo que se refiere a la continuidad de la infracción única y continuada, que solo podrá se imputada a partir del año 2006. La conducta posterior sí resulta contraria a los artículos 101.1 del TFUE y 1 de la LDC puesto que las empresas implicadas y entre ellas DANONE llevaron a cabo un ilícito y sancionable intercambio de información entre competidores.*»

- En lo que afecta a CAPSA, la Sentencia es la ECL:ES:AN:2024:578). En el fallo de la sentencia se decide: «*ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso interpuesto por el Procurador D. Aníbal Bordallo Huidobro, en nombre y representación de Corporación Alimentaria Peñasanta (CAPSA) contra la resolución de 11 de julio de 2019, dictada por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia por la que se le impone una sanción de 21.864.645 euros de multa, por la infracción de los artículos 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , por la comisión de una infracción única y continuada consistente en un intercambio de información entre empresas transformadoras de leche cruda de vaca, resolución que anulamos en los términos establecidos en el fundamento de derecho noveno de esta sentencia, sin pronunciamiento en costas.*»

El extenso fundamento noveno de la sentencia de referencia concluye con la siguiente afirmación:

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

11) Las dos sentencias de referencia han sido recurridas en casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, sin que conste hasta la fecha la admisión de los recursos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre las pretensiones de las partes.



1. Tal y como indico en los antecedentes de hecho de esta sentencia, la demandante interpone demanda de juicio ordinario frente a Danone, S.A. (DANONE). En la demanda se ejercitaba una acción declarativa de comportamientos contrarios a las normas sobre defensa de la competencia y, como consecuencia de la anterior, una reclamación de daños y perjuicios, derivada de esa conducta. En concreto, se reclamaba la condena a la demandada que indemnizara a la actora por la diferencia entre el precio pagado por el suministro realizado y el que hubiera debido pagar de no haber concurrido las prácticas contrarias a la libre competencia (fijado en la pericial acompañada a la demanda), más los intereses legales y costas.

2. La demandada se opuso a lo pretendido de contrario alegando, en síntesis, que la acción ejercitada habría prescrito, cuestionando la aplicación de la normativa derivada de la transposición al derecho español de la Directiva de daños (D. 2014/104, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea). Cuestionando que se pueda presumir la concurrencia de daños por los comportamientos sancionados. Se advierte que la resolución en base a la que se articula la reclamación no es firme. Que no se prueba perjuicio alguno y que, en todo caso, la cantidad reclamada no se corresponde con los perjuicios realmente sufridos.

SEGUNDO.- Sobre la determinación del relato de hechos probados y la concreción de las discrepancias entre las partes.

1. El artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) establece el deber de motivación de las sentencias exigiendo al juez que exprese *«los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón.»*

Conforme al precepto citado deben identificarse los medios de prueba tenidos en cuenta para la determinación de los hechos probados, así como la valoración de esos medios de prueba.

2. En el supuesto de autos la relación de hechos probados la establezco a partir de los hechos que se declaran acreditados en los procedimientos administrativos sancionadores. Soy consciente de que la primera de las decisiones de la CNMC fue anulada (la de 2015) y que la segunda todavía no es firme, pues la Audiencia Nacional ha anulado la misma, en los términos que expreso en el relato de hechos probados, quedando pendiente de recursos de casación. Sin embargo, considero que algunos elementos fácticos reflejados en esas resoluciones, en concreto, los referidos a las comunicaciones cruzadas entre las empresas mayoristas que adquirirían productos lácteos de los ganaderos, los cuadernos, apuntes y notas recopilados durante la instrucción de los expedientes sancionadores (reproducidos de modo fragmentario en las resoluciones de la CNMC) y las declaraciones que ante la autoridad administrativa hicieron los responsables de las empresas sancionadas, me permiten considerar acreditado que se produjo un contacto más o menos continuo durante los años 2001 a 2012, de responsables de distintas empresa mayoristas, compradores de productos lácteos a explotaciones ganaderas de tamaño variado, contactos destinados a poner en común estrategias en cuanto a la determinación de precios máximos de compra de estos productos. Contactos que, a mi juicio (como expondré en fundamentos posteriores) tuvieron incidencia en la determinación de las horquillas de precios máximo de compra de productos lácteos.

Considero que sea cual sea la suerte de los procedimientos judiciales pendientes, esos contactos y comunicaciones, con todas las prevenciones legales que pudieran plantearse, son un indicio sólido que permite considerar acreditado un comportamiento contrario a las normas sobre competencia. Comportamiento que, por la propia referencia de los expedientes parcialmente reproducidos en las resoluciones de la CNMC, no fue constante, tiene perfiles en algunos puntos poco definidos.

Partiendo de ese relato básico de hechos probados, en los fundamentos siguientes haré referencia a medios de prueba concretos que, a mi juicio, pueden ser relevantes para dar una respuesta razonable y motivada a las pretensiones de las partes. En este punto son especialmente relevantes los informes periciales y las aclaraciones que facilitaron los peritos en sus extensas declaraciones.

3. Ya habrán podido comprobar las partes que en el esquema para redactar la sentencia he preferido construir a partir de un método y parámetros distintos, con el fin de simplificar el debate y destacar las cuestiones que a mi juicio son esenciales para comprender el conflicto y dar una respuesta ajustada en derecho. Antes de entrar a analizar el procedimiento de investigación previo a la sanción administrativa, que parte de comportamientos o tendencias generales en mercados previamente definidos, creía que era importante identificar al demandante como perjudicado o potencial perjudicado y, sobre esta premisa, ir trabajando los razonamientos jurídicos correspondientes.



TERCERO.-Normativa aplicable al supuesto de autos.

1. Antes de entrar a analizar las cuestiones referidas a la prescripción de la acción ejercitada y a la prueba de los daños, es útil que haga una breve reseña a la normativa aplicable para resolver este procedimiento.

Tal y como ha indicado ya la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª, Sentencia nº 603/2021, de 18 de noviembre de 2021, ECLI:ES:APB:2021:13564):

«Sobre esta cuestión ya nos pronunciamos en las sentencias referidas al cártel de los sobres - Sentencia de 13 de enero de 2020 (ECLI:ES:APB:2020:184), por todas - donde argumentábamos que vistas las fechas de los actos colusorios e interposición de las acciones no resultaba de aplicación el principio de la interpretación conforme, dado que en esas fechas no había finalizado el plazo de transposición de la Directiva, por lo que no cabe la interpretación del derecho nacional (que contiene una regulación completa) conforme a la Directiva de daños.

20. En el presente caso -en línea con la Sentencia relativa al cártel de los camiones de 17 de abril de 2020 (ECLI:ES:APB:2020:2567)- debemos llegar a la misma conclusión puesto que estamos ante actos colusorios llevados a cabo en el período comprendido desde 1997 hasta 2011, el vehículo se adquiere en el año 2004 y la presente demanda se interpone en abril de 2018. Por su parte la Directiva de Daños (Directiva 2014/104/UE) entra en vigor el 27.12.2014, por lo que mientras dura la infracción ni se había publicado ni transpuesto la Directiva de Daños al Derecho español -que se produjo mediante el citado Real Decreto-ley 9/2017- ni había finalizado su período de transposición -que terminaba el 27 de diciembre de 2016.»

2. Este criterio judicial determina que no puedan aplicarse, ni siquiera por el principio de interpretación conforme con la Directiva de Daños (Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea) en la presunción de daños, favorable al perjudicado.

3. La Sentencia del TJUE de 22 de junio de 2022 (ECLI:EU:C:2022:494) corrobora este criterio interpretativo, aunque lo hace con algún matiz ya que permite aplicar la Directiva para cuestiones de índole procesal, pero no para aquellas de carácter material. En concreto, respecto de la posibilidad de aplicar la presunción de existencia de daño como consecuencia de una infracción de derecho de la competencia, el Tribunal es concluyente (§104):

«Teniendo en cuenta el artículo 22, apartado 1, de la Directiva 2014/104 , procede considerar que la presunción iuris tantum establecida en el artículo 17, apartado 2, de esta Directiva no puede aplicarse racione temporis a una acción por daños que, aunque fue ejercitada con posterioridad a la entrada en vigor de las disposiciones nacionales que transpusieron tardíamente dicha Directiva al Derecho nacional, se refiere a una infracción del Derecho de la competencia que finalizó antes de que expirara el plazo de transposición de tal Directiva.»

4. Así lo corrobora el Tribunal Supremo en las sentencias citadas (tomo las citas de la ECLI:ES:TS:2023:2473):

«cabe advertir lo siguiente: que en este caso, por razones temporales, no resulte de aplicación la presunción iuris tantum de daño que establece el art. 17.2 de la Directiva y el art. 76.3 LDC que lo traspone ("se presumirá que las infracciones calificadas como cártel causan daños y perjuicios, salvo prueba en contrario"), no impide la aplicación de la presunción judicial de daño si se cumplen los requisitos del art. 386 LEC . De tal manera que, sin perjuicio de lo que resolveremos al tratar el recurso de casación, no puede considerarse que la Audiencia Provincial haya infringido dicho precepto si a partir de una serie de hechos, entre los que se encuentra el que se desprende de una interpretación de la Decisión que permite afirmar que hubo acuerdo colusorio sobre fijación de precios (hecho base), deduce racionalmente que debió haber un daño económico como contrapartida al beneficio obtenido por los cartelistas.»

CUARTO.- Sobre la realidad del daño ocasionado por la conducta colusoria.

1. Pese a los esfuerzos argumentativos de las demandadas, lo cierto es que el relato de hechos probados me permiten considerar acreditado que los contactos e intercambios de información investigados por la CNMC tuvieron alguna incidencia en la conformación de la política de precios máximos en el pago de la leche a los ganaderos de modo contrario a las normas de libre competencia.

2. Es cierto que la Directiva de 2014 no puede aplicarse de modo retroactivo y que, con ello, no puede aplicarse la presunción de daños que refiere la Directiva, pero eso no impide tener en cuenta esa presunción, en los términos que apunta el Abogado General en sus conclusiones al Asunto C-267/2020, al afirmar en el punto 139 que *«esta interpretación no impediría en absoluto a los órganos jurisdiccionales nacionales aplicar presunciones relativas a la carga de la prueba sobre la producción de un perjuicio que existieran con anterioridad a las respectivas normas nacionales de transposición, cuya conformidad con las exigencias del Derecho de la Unión debe evaluarse teniendo en cuenta, en particular, los principios generales de equivalencia y efectividad.»*

3. La Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 22 de junio de 2022 (ya reseñada) da respuesta a las cuestiones ya informadas por el Abogado General. En esta Sentencia se advierte que el artículo 17.2 de la Directiva no puede aplicarse a cárteles cuyas actuaciones hubieran agotado sus efectos antes de la entrada en vigor de la Directiva, pero eso no impide al Tribunal recordar (§91) que:

«los asuntos relacionados con cárteles, dada su naturaleza secreta, lo que aumenta la asimetría de información y dificulta a los perjudicados la obtención de las pruebas necesarias para acreditar el perjuicio.»

Por lo que para evitar que esa situación de asimetría (desequilibrio) se traslade al procedimiento judicial, sea razonable exigir al demandado infractor acreditar que no existe en realidad daño apreciable.

4. Siguiendo estas tesis, la Sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de enero de 2022 (Sentencia 111/2022 - ECLI:ES:APB:2022:738) considera que:

«a) En cuanto a la existencia de daño, está en la naturaleza de las cosas que pueda presumirse que existe daño como consecuencia de los ilícitos que se imputan a la demandada. Si se llevan a cabo prácticas anticompetitivas (cualquiera que sea su naturaleza) es para obtener provecho con ellas y al provecho de una parte se suele corresponder el perjuicio de la otra.

b) Estamos ante una presunción iuris tantum que, si bien puede favorecer a la actora, permite prueba en contrario que deberá desarrollar la demandada para negar la existencia de perjuicios sufridos por la actora correspondiente al sobreprecio que afirma que ha debido pagar como consecuencia de la infracción anticompetitiva.

c) De la propia Resolución de la CE se desprende la existencia de daño, concretamente de sus apartados 82, 85 y 115.

d) La presunción del daño no ha resultado enervada con la prueba pericial practicada por la demandada que parte de una premisa errónea cuál es que la Decisión no determina que las conductas hayan tenido un efecto anticompetitivo.

e) De la propia Decisión de la CE resulta acreditado que los destinatarios se intercambiaron las listas de precios brutos (apartado (46)), lo que les permitía calcular mejor el precio neto de sus competidores (apartado (47)), y que tales contactos colusorios estaban destinados a la discusión sobre los precios, los incrementos de precios y la fijación de precios (apartados (49) y (50))

f) A la vista de la propia Decisión de la CE, las conclusiones teóricas alcanzadas por el perito de la demandada son totalmente descartables, habiendo podido esta parte, por la facilidad en el acceso a las fuentes de prueba, realizar una pericial partiendo de los datos reales, de los que dispone, para acreditar si en el caso que nos ocupa y atendiendo al tipo de mercado no existió un sobreprecio real, extremos que no negamos a priori, puesto que ya hemos avanzado que estamos ante una presunción iuris tantum respecto de la cual cabe prueba en contrario. Pero ciertamente la prueba practicada para desvirtuar la presunción ha sido del todo insuficiente a tales efectos, por lo que probado el daño debemos proceder a su cuantificación.»

Estas consideraciones pueden trasladarse también a las decisiones de la CNMC, aunque no fueran firmes.

QUINTO.- Valoración de la prueba de la existencia de un daño.

1. Este procedimiento, como otros similares, las pruebas periciales son el instrumento esencial tanto para acreditar la realidad del daño, es decir, la conexión entre comportamientos reprochables conforme a la normativa de defensa de la competencia, y el perjuicio que pudiera haber sufrido un concreto titular de una concreta explotación ganadera.

El expediente administrativo no firme impone una sanción por objeto, no valora el supuesto concreto de un ganadero, sino que evalúa, a partir de indicios, si se ha producido un comportamiento jurídicamente relevante que contravenga las normas que regulan el funcionamiento transparente de los mercados. Las propias resoluciones, no firmes, de la CNMC, toman hechos aislados para suponer un comportamiento infractor continuo. Las sentencias de la Audiencia Nacional y la propia resolución advierten que los mayoristas no intervienen con la misma intensidad en los comportamientos sancionados, ni interactúan de modo estable durante el largo período evaluado.

Las pruebas periciales parten de esos indicios para establecer una tendencia o una conclusión uniforme para un extenso lapso de tiempo en el que el mercado ha sufrido incidencias importantes.

Tomo un gráfico de la prueba pericial de uno de los demandados como punto de partida (Informe Frontier).

Este gráfico refleja, de modo seguramente muy simplificado, que la evolución del nº de cabezas de ganado por explotación, la productividad y los precios han variado en el territorio de la UE. La comparativa con la evolución de estos parámetros en España me llevan a concluir que los contactos descritos en los hechos probados han



tenido una incidencia específica en el mercado español, distinta de la de otros países de nuestro entorno. Pero las periciales no permiten precisar el alcance exacto del daño causado, es decir, no prueban con precisión como hubieran evolucionado los precios máximos por litro de no haber existido esos contactos y cambios de información. Esos dictámenes no son sensibles a circunstancias concretas de cada ganadero y de la relación que pudiera tener con el mayorista al que vendiera la Leche.

Por eso creo que la posible estimación del concreto daño causado tendría que fijarse finalmente conforme a un criterio de estimación judicial, pero antes creo que debo dar respuesta a otras cuestiones jurídicas relevantes, previas a la posible concreción del daño.

SEXTO.- Sobre el plazo para el ejercicio de la acción de daños derivada de actos contrarios a las normas reguladoras sobre defensa de la competencia.

1. Pese a que la doctrina suele hacer referencia a la existencia de acciones «*follow on*», para identificar aquellas demandas en las que el perjudicado aguarda a tener una resolución sancionadora firme, como paso previo para interponer la reclamación de daños, y acciones «*stand alone*», para referirse a aquellas demandas en las que no hay una sanción administrativa previa, considero que la acción de reclamación civil de daños derivada de comportamientos contrarios a las reglas de la competencia en única, se trata de una acción tradicional de daños, de naturaleza extracontractual en la que recae sobre el perjudicado la carga de probar la existencia de un hecho, o un conjunto de hechos, que infringen normas concretas, las reguladoras del libre y transparente funcionamiento del mercado; también debe acreditar que ese comportamiento le ha causado un perjuicio concreto y determinado, cuantificable, y, finalmente, que existe un nexo causal entre el ilícito y el perjuicio.

1) Si el perjudicado aguarda a que haya una sanción administrativa firme y sigue la estela de los hechos probados de la sanción, evita tener que acreditar la existencia de un ilícito y puede ampararse en la presunción de que el comportamiento examinado es el que le ha causado un daño. Quedándole al perjudicado la única tarea de cuantificar el daño.

2) Si el perjudicado no aguarda a la firmeza de la sanción administrativa, incluso si ejercita las acciones correspondientes al margen de una posible instrucción administrativa, se encuentra con la carga de iniciar por su cuenta la reclamación, asumiendo, en principio, la carga de acreditar los hechos constitutivos de su pretensión, aunque puede acudir a las reglas sobre cargas probatorias (art. 217 de la LEC), para poder activar presunciones de daño y de nexo causal, o acudir a los mecanismos procesales de acceso a fuentes de prueba (art. 283 bis a/ y concordantes de la LEC), para poder contar desde un principio con esas fuentes probatorias.

1.1. No tiene sentido ni procesal ni material que las indicaciones de esas rutas para reclamar el daño acaben convirtiéndose en acciones autónomas sometidas a plazos y requisitos distintos, del mismo modo, no tiene sentido hablar de acciones de naturaleza distinta. Se trata, en definitiva, de caminos más o menos tortuosos para conseguir que se indemnice un perjuicio realmente sufrido.

Se trata de una única acción de naturaleza extracontractual que, atendiendo al criterio jurisprudencial sobre esta materia, se sometería al plazo de un año.

1.2. Menos sentido tiene aún si tengo en cuenta lo que está ocurriendo en la práctica, en especial en las demandas interpuestas como consecuencia de las sanciones impuestas por la CNMC a diversas empresas mayoristas, compradoras de productos lácteos a ganaderos. En estos procedimientos se dan algunas paradojas:

1) Las demandas se asientan en una sanción administrativa que fue anulada (la de 2015) y en otra sanción administrativa que se ha anulado en parte y que está pendiente de al menos un recurso de casación, luego no es firme.

2) Con la interposición de la demanda la sanción administrativa no era firme y actualmente la sanción ha quedado sin efecto, en la medida en la que ya no se puede hablar de un comportamiento ilícito continuado, sino de comportamientos enmarcados en dos períodos distintos, y no es posible imputar a los mayoristas ni su participación continuada en el mismo lapso temporal, ni la intensidad de esa participación.

3) No me corresponde especular con la suerte del recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo, por lo que difícilmente puedo sostener mis pronunciamientos en una sentencia que todavía no es firme.

4) Incluso aceptando, a los meros efectos dialécticos, que el Tribunal Supremo revocara los pronunciamientos de la Audiencia Nacional, las pretensiones de la parte demandante obligan a tener en cuenta posibles efectos en el precio máximo impuesto que no se encontrarían amparados por el lapso de tiempo que la CNMC considera que se vería afectado por los ilícitos (el llamado efecto rezago, que permitiría extender los perjuicios a momentos no fiscalizados por la CNMC), y también podría afectar a mayoristas que no fueron sancionados



por la CNMC en los períodos por los que se reclama el perjuicio (el llamado efecto paraguas que permite a empresas no sancionadas gozar de las ventajas de la distorsión del mercado).

5) Por lo tanto, la práctica de los litigantes en este tipo de procedimientos nos coloca ante un tercer género o ruta de reclamación, una especie de «*follow on ma non troppo*» en el que los demandantes buscan las ventajas procesales de una y otra vía, eludiendo los posibles inconvenientes.

2. Sintetizo en los siguientes ordinales el criterio jurisprudencial a que me refiero en el punto anterior. Tal y como ha indicado ya la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª, Sentencia nº 603/2021, de 18 de noviembre de 2021, ECLI:ES:APB:2021:13564):

«Sobre esta cuestión ya nos pronunciamos en las sentencias referidas al cártel de los sobres - Sentencia de 13 de enero de 2020 (ECLI:ES:APB:2020:184), por todas - donde argumentábamos que vistas las fechas de los actos colusorios e interposición de las acciones no resultaba de aplicación el principio de la interpretación conforme, dado que en esas fechas no había finalizado el plazo de transposición de la Directiva, por lo que no cabe la interpretación del derecho nacional (que contiene una regulación completa) conforme a la Directiva de daños.

20. *En el presente caso -en línea con la Sentencia relativa al cártel de los camiones de 17 de abril de 2020 (ECLI:ES:APB:2020:2567)- debemos llegar a la misma conclusión puesto que estamos ante actos colusorios llevados a cabo en el período comprendido desde 1997 hasta 2011, el vehículo se adquiere en el año 2004 y la presente demanda se interpone en abril de 2018. Por su parte la Directiva de Daños (Directiva 2014/104/UE) entra en vigor el 27.12.2014, por lo que mientras dura la infracción ni se había publicado ni transpuesto la Directiva de Daños al Derecho español -que se produjo mediante el citado Real Decreto-ley 9/2017- ni había finalizado su período de transposición -que terminaba el 27 de diciembre de 2016.»*

3. Este criterio judicial determina que no puedan aplicarse, ni siquiera por el principio de interpretación conforme con la Directiva de Daños (Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea) en la presunción de daños, favorable al perjudicado.

4. La Sentencia del TJUE de 22 de junio de 2022 (ECLI:EU:C:2022:494) corrobora este criterio interpretativo, aunque lo hace con algún matiz ya que permite aplicar la Directiva para cuestiones de índole procesal, pero no para aquellas de carácter material. En concreto, respecto de la posibilidad de aplicar la presunción de existencia de daño como consecuencia de una infracción de derecho de la competencia, el Tribunal es concluyente (§104):

«Teniendo en cuenta el artículo 22, apartado 1, de la Directiva 2014/104 , procede considerar que la presunción iuris tantum establecida en el artículo 17, apartado 2, de esta Directiva no puede aplicarse ratione temporis a una acción por daños que, aunque fue ejercitada con posterioridad a la entrada en vigor de las disposiciones nacionales que transpusieron tardíamente dicha Directiva al Derecho nacional, se refiere a una infracción del Derecho de la competencia que finalizó antes de que expirara el plazo de transposición de tal Directiva.»

5. Así lo corrobora el Tribunal Supremo en las sentencias citadas (tomo las citas de la ECLI:ES:TS:2023:2473):

«cabe advertir lo siguiente: que en este caso, por razones temporales, no resulte de aplicación la presunción iuris tantum de daño que establece el art. 17.2 de la Directiva y el art. 76.3 LDC que lo traspone ("se presumirá que las infracciones calificadas como cártel causan daños y perjuicios, salvo prueba en contrario"), no impide la aplicación de la presunción judicial de daño si se cumplen los requisitos del art. 386 LEC . De tal manera que, sin perjuicio de lo que resolveremos al tratar el recurso de casación, no puede considerarse que la Audiencia Provincial haya infringido dicho precepto si a partir de una serie de hechos, entre los que se encuentra el que se desprende de una interpretación de la Decisión que permite afirmar que hubo acuerdo colusorio sobre fijación de precios (hecho base), deduce racionalmente que debió haber un daño económico como contrapartida al beneficio obtenido por los cartelistas.»

6. Considero que fuera cual fuera la suerte de los recursos todavía pendientes frente a la sanción de la CNMC de 2019, tanto dicha resolución como la de 2015 ofrecen al juez civil/mercantil elementos de hecho que permiten concluir que hubo un considerar la existencia de comportamientos reprochables desde la perspectiva civil/mercantil de la protección de la libre competencia. Esos hechos, referidos a los contactos entre empresas, los conocieron los ganaderos afectados ya con la resolución de 2015, dado que los hechos objetivos, los intercambios de información, quedan sustancialmente inalterables.

Por lo tanto, desde 2015 la parte demandante contaba con elementos de hecho suficientes como para poder interponer una demanda idéntica o muy similar a la interpuesta.



La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de abril de 2024 (ECLI:EU:C:2024:324) es clara a este respecto, al advertir que el plazo para el ejercicio de la acción «*partir del momento en que el perjudicado tenga conocimiento o haya podido razonablemente tener conocimiento del hecho de que ha sufrido ese perjuicio parcial y de la identidad de la persona que está obligada a su reparación, sin que el perjudicado haya tenido conocimiento del hecho de que la conducta de que se trate constituye una infracción de las normas sobre competencia y sin que haya concluido esta infracción.*»

En el año 2015 los ganaderos contaban ya con esos elementos de hecho, muy similares a los que refleja la sanción impuesta en 2019. Hubieran podido interponer una demanda pareja a la que han presentado y se habrían encontrado con problemas muy similares a los que se generan en los presentes autos.

Los demandantes tenían en su mano haber aguardado a la firmeza de la sanción administrativa, quedar a la espera de la suerte de los recursos, para sí elegir la ruta follow on.

Han optado por esta vía mixta, buscando los beneficios de ambas rutas, pero no han tenido en cuenta que esa ruta intermedia no podía disfrutar del beneficio del plazo, sin contar con el perjuicio relativo de haber tenido que aguardar todavía unos meses a interponer la demanda.

En definitiva, la acción ejercitada habría prescrito, por lo que debe desestimarse la demanda.

SÉPTIMO.- Sobre las costas del procedimiento.

1. Pese a desestimar la demanda, considero que concurren dudas de derecho suficientemente poderosas como para no imponer las costas a la parte actora.

FALLO

Desestimo la demanda interpuesta por ██████████ absolviendo a Danone, S.A. (DANONE) de lo pretendido de contrario.

No hago especial pronunciamiento en cuanto a las costas del procedimiento.

Contra esta sentencia podrá interponerse recurso de apelación ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Barcelona; recurso que habrá de presentarse en este Juzgado y formalizarse en el plazo de veinte días desde su notificación.

Líbrese testimonio de la presente resolución para su unión a los autos principales y llévese el original al libro de Sentencias de este Juzgado.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.