



Roj: **SAN 581/2024 - ECLI:ES:AN:2024:581**

Id Cendoj: **28079230062024100057**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **13/02/2024**

Nº de Recurso: **2254/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MIGUEL DE LOS SANTOS GANDARILLAS MARTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso:** 0002254 /2019

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 14058/2019

**Demandante:** DANONE S.A.

**Procurador:** DOÑA SILVIA VÁZQUEZ SENÍN

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

**Codemandado:** UNIONS AGRARIAS-UPA , OSSAT , SAT SAN ANTON

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.:** D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

### **SENTENCIA Nº :**

**Ilma. Sra. Presidente:**

Dª. BERTA SANTILLAN PEDROSA

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

Dª. MARIA JESUS VEGAS TORRES

Madrid, a trece de febrero de dos mil veinticuatro.

Se ha visto ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número **2254/2019**, el recurso contencioso-administrativo formulado por **DANONE S.A.** representada por la procuradora doña Silvia Vázquez Senín 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.

Ha sido parte la Administración General del Estado defendida por el abogado del Estado.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** Por la actora se interpuso recurso contencioso-administrativo mediante escrito presentado en los términos expresados en el encabezamiento, acordándose su admisión mediante decreto, y con reclamación del expediente administrativo.

**SEGUNDO.-** Se formalizó la demanda mediante escrito en el que, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando se « [i.] Anule íntegramente la Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 11 de julio de 2019 (Expte. NUM000 INDUSTRIAS LÁCTEAS 2); o

ii. Subsidiariamente, para el caso de que esta Ilma. Sala considere que procede sancionar a mi representada, anule parcialmente la referida Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 11 de julio de 2019, reduciendo sustancialmente el importe de la multa impuesta en los términos expuestos en los Fundamentos Jurídicos IV y V de esta demanda. [...] ».

**TERCERO.-** El abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, pide la desestimación del recurso.

**CUARTO.-** Recibido el pleito a prueba, tras el trámite de conclusiones, quedó pendiente de señalamiento para votación y fallo.

**QUINTO.-** Se señaló para votación y fallo 8 de noviembre del 2023, fecha en que tuvo lugar, si bien la deliberación se prolongó en sesiones sucesivas.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. don Santos Gandarillas Martos, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo formulado por DANONE S.A. (en lo sucesivo DANONE) el acuerdo de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 11 de julio de 2019, en el marco del expediente sancionador NUM000 INDUSTRIAS LÁCTEAS, en la que se acordaba « [P]rimero. 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: (...) 4. DANONE, S.A. Tercero. Imponer a las autoras responsables de las conductas infractoras las siguientes multas. (...) 4. DANONE, S.A.: 20.277.100 euros [...]».

La actora fue declarada responsable y sancionada junto a otras diez entidades por una infracción única y continuada prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989 y de la Ley 15/2007 (LDC), así como por el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), consistente en prácticas de intercambio de información comercial sensible que en algunos casos se han materializado en acuerdos de fijación de precios, reparto de mercado y control de excedentes.

El periodo de la infracción única y continuada se extendía temporalmente para DANONE por (i) el intercambio de información entre las industrias lácteas en relación con precios y estrategias comerciales, del 2001 al 2004 y del 2006 al 2011, y (ii) por intercambios de información sobre ganaderos en el año 2010.

**SEGUNDO.-** An tes de entrar a resolver el litigio, no está de más que hagamos un inciso en determinados acontecimientos que ayudan a explicar, junto con la tardanza de esta Sección, el tiempo transcurrido entre los hechos que dieron inicio al procedimiento sancionador y la decisión que ahora tomamos.

1.- La investigación se inició a raíz de la denuncia formulada (i) el 8 de marzo de 2011 por el Servicio para la Defensa de la Competencia de Castilla y León, en un informe titulado *Estudio sobre el Sector de Leche Cruda en Castilla y León*, donde se describe el funcionamiento del sector y, a la luz de la información recabada y del resultado de encuestas realizadas a ganaderos, se pone de manifiesto la posible existencia de diversas conductas llevadas a cabo en el mercado de la leche cruda susceptibles de constituir una infracción de la LDC, en particular, relativas a la recogida de leche cruda de vaca y a la determinación de su precio; y (ii) la presentada el 16 de septiembre de 2011 por la Unión Agraria-UPA contra las empresas transformadoras de leche en Galicia y empresas distribuidoras de leche, que hacían particular mención a la dificultad de encontrar empresas alternativas a las que entregar la leche.

2.- Tras las inspecciones llevadas a cabo los días 11 y 12 de julio de 2012, 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, el 23 de julio de 2012 se incoó el procedimiento sancionador contra varias empresas de sector lácteo, entre otras a DANONE.

3.- El 18 de marzo de 2014 se dictó el pliego de concreción de hechos (PCH), que fue contestado tras su subsanación al advertir una serie de errores.

4.- La Sala de Competencia resolvió el procedimiento sancionador mediante resolución de 26 de febrero de 2015, en la que consideró acreditada una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y del artículo 101 del TFUE, sancionando a las empresas y asociaciones implicadas.

5.- Esa resolución fue recurrida ante esta Sala por varias de las empresas implicadas, concretamente NESTLÉ, que fue estimada en parte por la sentencia de 11 de julio de 2016, recurso 343/2014, que anuló la resolución, ordenando la retroacción del procedimiento al momento inmediatamente anterior a la adopción del acuerdo de subsanación de errores.

6.- Retrotraídas las actuaciones, tras la firmeza de la sentencia, el 21 de diciembre de 2018 se dictó la propuesta de resolución del procedimiento que fue elevada a la Sala de Competencia.

7.- Finalmente, el 11 de julio de 2019 se dictó el acuerdo sancionador objeto del presente procedimiento.

**TERCERO.-** DANONE pretende la anulación de la resolución impugnada por varios motivos que iremos desgranando a lo largo de los próximos razonamientos. Sin embargo, no vamos a seguir el orden sugerido por el escrito rector, y comenzaremos con el apartado en el que se cuestiona la actividad probatoria llevada a cabo por la CNMC para sustentar la imputación. Lo hacemos así porque si los hechos en los que se ancla la infracción no fueran lo suficientemente explicativos de la conducta que se le imputa, resultaría irrelevante el examen de los demás motivos que cuestionan la existencia de la conducta colusoria.

Antes de examinar esta alegación, no podemos pasar por alto el modo en que está construida la resolución sancionadora en la parte que se refiere a los hechos probados y donde se justifica la infracción que se le imputa a las empresas partícipes en el cartel de intercambio de información, así como la individualizada valoración en cada partícipe.

El acuerdo lleva a cabo una descripción de los hechos que consideró probados por años. Lo hace como una suerte de sucesión cronológica de acontecimientos que abarcarían, en cada caso y para cada empresa, su participación en las conductas colusorias. Sin embargo, cuando llega el momento de justificar o motivar la concreta participación de cada una, lo hace a través de una mera remisión a varios folios, sin mayores detalles o razones.

Esta forma de motivar el acuerdo sancionador, manifiestamente mejorable, ni tan siquiera constituye una motivación por remisión, admitida por nuestro Tribunal Constitucional, entre otras en la sentencia 144/2007 (FJ 3) « [d]entro de las modalidades que puede revestir la motivación hemos afirmado que la fundamentación, por remisión o aliunde -técnica en virtud de la cual se incorporan a la resolución que prevé la remisión los razonamientos jurídicos de la decisión o documento a la que se remite ( ATC 207/1999, de 28 de julio , FJ 2)-" no deja de serlo ni de satisfacer la exigencia constitucional contenida en el derecho fundamental" a la tutela judicial efectiva [entre otras muchas, SSTC 187/2000, de 10 de julio, FJ 2 ; 8/2001, de 15 de enero, FJ 3, in fine ; 13/2001, de 29 de enero, FJ 2 ; 108/2001, de 23 de abril, FJ 2 ; 5/2002, de 14 de enero, FJ 2 ; 171/2002, de 30 de septiembre , FJ 2; y ATC 194/2004, de 26 de mayo , FJ 4 b); en términos similares, SSTC 115/2003, de 16 de junio , FJ 8 ; 91/2004, de 19 de mayo, FJ 8 ; 113/2004, de 12 de julio, FJ 10 ; 75/2005, de 4 de abril, FJ 5 ; y 196/2005, de 18 de julio , FJ 3], siempre y cuando dicha remisión se produzca de forma expresa e inequívoca [ STC 115/1996, de 25 de junio , FJ 2 b)] y que la cuestión sustancial de que se trate se hubiera resuelto en la resolución o documento al que la resolución judicial se remite ( SSTC 27/1992, de 9 de marzo, FJ 4 ; y 202/2004, de 15 de noviembre , FJ 5; y ATC 312/1996, de 29 de octubre , FJ 6) [...]».

Estamos ante una poco recomendable técnica en la configuración de una resolución sancionadora que, a pesar de que no ha supuesto indefensión de quien recurre puesto que ni tan siquiera fue alegada como motivo de impugnación, sí ha dificultado de manera extrema la labor de revisión de esta Sala. Ha sido necesario, para el correcto enjuiciamiento, realizar el previo cotejo de la remisión que se hace de cada folio con los correlativos hechos probados; folios que en más de una ocasión resultaban irrelevantes, en otros se trataba de meras reiteraciones, en algunos carecían de conexión directa con la empresa imputada, y en otros, en lugar de hechos, incorporaban meras valoraciones jurídicas carentes de soporte fáctico.

Como advertimos, entre los folios 28 a 54 del acuerdo sancionador y bajo el epígrafe IV *HECHOS*, se van describiendo los diferentes comportamientos que más tarde van a integrar en la infracción los artículos 1 de la LDC y 101.1 del TFUE, bajo los apartados (i) Contactos sobre precios y otras condiciones comerciales;



(ii) Contactos sobre precios y otras condiciones comerciales por parte de las empresas que conforman el denominado grupo G-4/G-5; (iii) Contactos sobre precios y otras condiciones comerciales a través de las asociaciones GIL y AELGA; (iv) Contactos sobre ganaderos; y (v) Contactos sobre excedentes de leche en los que no está incluida DANONE. Sin embargo, cuando la resolución acomete la tarea de la valoración individualizada de la participación de la actora en las conductas imputadas, se limita a indicar, en el folio 90, « [4.] DANONE S.A. Consta acreditada su participación en el intercambio de información entre las industrias lácteas en relación con precios y estrategias comerciales, de 2001 a 2004 y 2006 a 2011.

Años 2001 (folios 8.505 y 8.507); 2002 (folios 8.508 y 8.509); 2003 (folios 2.101, 8.511 a 8.513, 8.619 y 8.510); 2004 (folios 8.514 y 8.515, 1.753 y 1.754); 2006 (folios 8.637 y 8.638); 2007 (folios 8.516, 8.522, 8.518, 8.633 a 8.635); 2008 (folios 8.531, 8641, 4.067 a 4.069, 4.070 a 4.072, 8.533 y 2.132); 2009 (folios 8.537, 2.135, 8.538 y 8.544); 2010 (folios 8.551 y 2.147); 2011 (folios 8.555 y 8.557).

Asimismo, ha participado en intercambios de información sobre ganaderos, en el año 2010 (folios 8.552, 4.062 a 4.064, 1.863 a 1.868). [...]».

Esta manera de acotar y valorar la participación de la recurrente con la sola remisión de determinados folios y sin una valoración o razonamiento individualizado, además de la labor de cotejo que implica para la Sala de comprobar la conducta que se vincula a cada folio, tiene otra importante consecuencia. No podemos olvidar que estamos ante el ejercicio de un derecho punitivo y recae, sobre quien descansa esa potestad, la obligación de acreditar los extremos en los que se sustenta la imputación.

Como ha dicho la jurisprudencia europea, en lo que se refiere a la aportación de la prueba de una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, incumbe a la Comisión (en este caso a la CNMC) probar las infracciones que constate y aportar las pruebas que acrediten de modo suficiente en Derecho la existencia de los hechos constitutivos de la infracción, por todas las SJUE de 17 de diciembre de 1998, Baustahlgewerbe/Comisión, C18 5/95, apartado 58, y de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Partecipazioni, C49 /92 P, apartado 86. Nos recuerda la STG de 17 de mayo de 2013, Trelleborg, asuntos acumulados T147/09 y T14 8/09, reiterando anteriores pronunciamientos, apartado 50, « [e]n lo que se refiere a la aportación de la prueba de una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, incumbe a la Comisión probar las infracciones que constate y aportar las pruebas que acrediten de modo suficiente en Derecho la existencia de los hechos constitutivos de la infracción (...) Las dudas que pueda albergar el juez deben beneficiar a la empresa destinataria de la decisión que constata la infracción. Por tanto, el juez no puede concluir que la Comisión ha acreditado con arreglo a Derecho la existencia de la infracción de que se trate si aún alberga dudas sobre esta cuestión, en especial en el marco de un recurso que solicita la anulación y/o la modificación de una decisión que impone una multa. En efecto, en esta última situación es preciso tener en cuenta el principio de la presunción de inocencia, que forma parte de los derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico de la Unión y ha sido reconocido por el artículo 48, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000 (...) es necesario que la Comisión ponga de manifiesto pruebas precisas y concordantes para asentar la firme convicción de que la infracción fue cometida [...]». En esta misma línea, esta Sala, en anteriores ocasiones, ha dicho, y por todas en nuestra sentencia de 9 de julio de 2020, recurso 302/2016, que « [N]uestra labor no es completar ni suplir lo que la Administración pudo o debió hacer, sino revisar la resolución sancionadora y comprobar si en ella se encuentran los elementos de juicio suficientes, y si la Administración ha sido capaz de valorarlos de manera adecuada al ejercicio de la potestad desplegada para poder confirmar o anular la sanción impuesta.

Y para que podamos identificar las conductas incriminatorias con el rigor que debiera caracterizar un procedimiento de esta naturaleza debemos centrarnos en el acuerdo sancionador. Debe ser esta resolución un documento completo que permita sin mayores dificultades comprender y examinar cuál es la participación del sancionado, cuáles han sido los elementos probatorios en los que se sustenta, el razonamiento en torno a la responsabilidad que se imputa anudando la acción o la omisión a un concreto tipo infractor. [...]».

De modo que todo lo que permanezca al margen de la acotación de los folios en los que se justifica la imputación y participación de DANONE va a permanecer al margen de la posible incriminación, independientemente de que alguna conducta relevante sí apareciera reflejada en el apartado de los hechos probados en los folios 28 a 54 del acuerdo sancionador, pero no incluida en la remisión en la que se acota la participación de la empresa. Una cosa es que la Sala tenga que cotejar los folios con los hechos y otra que deba integrar la justificación de la imputación con aquellos que no han sido expresamente traídos por la resolución para sancionar la conducta perseguida.

Hay que tener presente, en primer lugar, que ha sido la propia CNMC la que acota los hechos relevantes con esos folios a los efectos de justificar la imputación a la actora; en segundo lugar, es la CNMC a que la se le ha atribuido en nuestro ordenamiento jurídico doméstico la potestad sancionadora conforme a lo dispuesto en





el artículo 20.2 de la Ley 3/2013 de 4 de junio, por la que se crea la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, y no a los jueces, a quienes solo se les encomienda revisión de sus actos; en tercer lugar y en consecuencia, los jueces no pueden ni integrar ni completar la resolución sancionadora, sin que ello conlleve un exceso en el ejercicio de la función jurisdiccional.

**CUARTO.-** Hecha la anterior consideración, para dar respuesta a las dudas expresadas por la demanda sobre la relevancia de los hechos probados en los que se apoya la infracción, debemos comprobar si los folios a los que se remite la resolución para justificar la participación de DANONE dan cumplida explicación de la responsabilidad exigida y de la consiguiente sanción.

Afirma el acuerdo sancionador que consta acreditada la participación de DANONE en el intercambio de información entre las industrias lácteas en relación con precios y estrategias comerciales, de 2001 a 2004 y 2006 a 2011, además de los intercambios de información sobre ganaderos en el año 2010.

Iremos año por año, y advertimos que recogemos las expresiones que aparecen literalmente en la resolución sin corrección alguna, ya fuera gramatical, ortográfica o sintáctica.

1.- En el 2001 el acuerdo se remite a los folios 8.505 y 8.507. El folio 8505, hecho 30, relata una reunión del Gremio de Industrias Lácteas de Cataluña (GIL) 18 de abril de 2001, a la que asistieron las empresas LETONA (PARMALAT), NESTLÉ, GRUPO EL PRADO CERVERA, S.A. (LACTALIS) y CAPSA. Se reconoce que « [D]anone se ausenta de Galicia por falta de entendimiento. (...) Dice DANONE que quiere estar en el Gremio de Cataluña [...]». El folio 8507, hecho 31, refiere a otra reunión del GIL de noviembre de 2001. Son anotaciones de don Juan Ramón , que era trabajador de PULEVA y a partir de 2012 de LACTALIS, en la que se especifica, respecto de la actora « [D]ANONE.- No ha negociado ningún precio [...]».

2.- En el año 2002, destacan los folios del 8508 al 8509, hecho 32, con otra reunión del GIL celebrada el 11 de febrero de 2002, a la que asistieron las empresas CLESA (LETONA, PARMALAT), NESTLÉ, CAPSA, DANONE, PULEVA, según anotaciones del sr. Juan Ramón « [P]recios.- Bajadas generales 3 ptas de la industria. Propuesta de bajar 1 pta en marzo. - Nestlé bajar en ABRIL e incrementarla en 1 pta - Danone. Comparativo Francia y no está ... que van a repetir precios 1er trimestre ... 2001/02... Alemania ENERO 2001 menos 6 pta y ENERO 02 estamos por debajo 1 pta. - CAPSA.- No ven las bajadas en Marzo se adhieren a la bajada de NESTLÉ (...) -Danone dice que le compra a Delfi Vila las dos cuas semanales con lo cual queda acotada a las tres empresas -Nestlé no amenaza pero dice que ha perdido el 30% de la recogida de Cataluña. [...]». Revelan como las empresas que asistieron pusieron en común las estrategias individuales de precios de las empresas, e incluso se propusieron bajadas generalizadas para los meses siguientes.

3.- En el año 2003 se identifican como folios relevantes los 2.101, 8.511 a 8.513, 8.619 y 8.510.

a) En el folio 2101, coincidente con el hecho 5, de describen nuevos contactos sobre precios y otras condiciones comerciales en un correo interno de NESTLÉ de fecha 31 de octubre de 2003, titulado precio octubre, « [t]e transcribo lo que comentamos por teléfono sobre la subida de octubre: \* Puleva: 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. \*Danone: sube una peseta en octubre; parece que la presión proviene sobre todo de sus cooperativas de Lalín y Guitiriz. \*Lagasa: les ha anunciado a la cooperativa de Xallas y a la de Gresande (Lalín) una peseta en octubre; el resto de la recogida subirá esa peseta pero de manera desigual. \*Lactalis: ha pedido leche para todo este mes al resto de empresas; debido a la pérdida sufrida desde el mes de julio (50.000 lts/día) el precio para ellos es secundario; estaban pagando por debajo del resto y se han tenido que poner como mínimo al mismo nivel; han subido más de cuatro pesetas en total comenzando en julio hasta septiembre; para octubre han dicho que no pueden dejar ir a nadie por precio salvo los ganaderos que ya tienen mejor pagados; un ejemplo: se les va a marchar Amador , ganadero que tiene un sindicato y está en el Ligal, cuando está cobrando a 54,50 ptas/lt+calidad+IVA. \*Lence: ha dicho que no piensa subir en octubre; si los demás lo hacemos, subirá en noviembre. \*Pascual: esconde sus intenciones. \*Larsa: todavía no he conseguido hablar con ellos debido a que Braulio fue llamado a Asturias; acabo de llamarle al móvil y no contesta. [...] ».

Se refleja que NESTLÉ tiene pleno conocimiento de las estrategias sobre precios adoptadas en ese periodo por las empresas PULEVA, DANONE, LAGASA, LACTALIS y LENICE. En relación con PASCUAL se dice que esconde sus intenciones, y en relación con LARSA reconoce que todavía no se ha podido contactar con esa empresa para obtener la información deseada.

b) En los folios del 8511 al 8513, hecho 33, en las anotaciones de fecha 9 de julio de 2003, el sr. Juan Ramón refleja otra reunión del GIL a la que asistieron las empresas LETONA, NESTLÉ, GRUPO EL PRADO CERVERA, S.A., CAPSA, e indica entre otros extremos, « [D]ANONE -Precios -SEPBRE 2 ptas -OCTUBRE- + 1ptas JUNIO-47 ptas. Riesgos Agosto-1 pta Sebpre-1 pta + 4ptas Octubre-1 pta Novbre-1 pta Se está estudiando. [...]». Se refiere a precios referenciados a los meses siguientes hasta noviembre.

c) Correlativamente, la remisión en el folio 8619 al hecho 34, recoge un correo electrónico interno de PULEVA (recogido en LACTALIS) de 16 de septiembre de 2003, remitido por el sr. Juan Ramón a don Diego, titulado *reunión gremi 16/09/03*, en el que se pone de manifiesto la celebración de otra reunión del GIL en las oficinas de DANONE «[ Diego : te mando un pequeño resumen de la reunión de Gremi celebrada en las oficinas de Danone. Se disculpó Eugenio de NESTLÉ, que tenía reunión en Fenil. En el tema de precios Danone dijo que había subido 1 ptas en agosto y dos en septiembre. Octubre lo dejaba abierto a los acontecimientos, pero con la intención de no subir. Sr. Julián dijo que le preocupaba subir más por que la posible bajada de precios no se produciría hasta Abril. Sr. Leonardo explicó que habían tenido faltas de leche pero que lo habían arreglado con Capsa y Nestlé. Así mismo dijo que en el mes de Diciembre tendrían excedentes. Capsa dijo que en Agosto no habían subido precios y que en Septiembre subirían dos y posiblemente regulasen en Octubre la no subida de agosto. Explicó que la incorporación de Granja San José se hizo pactando con Sali (Clesa) el tema de volumen. El grupo 3A Sr Modesto dijo que tenían falta de leche, por si había alguna empresa que le sobrase. En cuanto a precios dijo que no había subido en agosto y subirían dos en septiembre. (falso por haberme confirmado el de Alt Empordá y Vaquers subida en agosto).

*Puleva les comenté las subidas y que teníamos el problema de la aplicación rigurosa de la cuota, así como de no comprar a ciertos primeros compradores. (3A ha aumentado las compras a través de Oscagro y Danone continua comprando el grupo de ganaderos de Lérida a través de este primer comprador). Les anuncié que tenía problemas de ganaderos que se marchaban por el tema de la cuota a Copirineo y que la empresa por temas económicos no perdería más leche.*

Sr Urbano de Clesa como solamente compra leche a grupos asumió las subidas. Hizo referencia al tema de las cooperativas que había consultado el día 28 de agosto y en registro no había ninguna escritura que cambiase el porcentaje de LLET DE CATALUÑA S.L. en el accionariado y que continua siendo de Iparlat en su totalidad. Aportó documentación de las marcas que se han pedido registrar todas a favor de Iparlat (las envío por valija). Así mismo dijo que la marca LLET NOSTRA es genérico con lo cual cualquiera puede envasar con dicha denominación. También el parecido de LLET NOSTRA y el nuevo envase de Iparlat.

Sr. Leonardo comentó que se cargan cisternas de leche de las cooperativas en Gerona, descargan en Urnieta y la misma cuba carga en Urnieta y descarga en Vic (Sr. Carlos Alberto ). [...] ». De nuevo refleja como las empresas se intercambiaron información estratégica sobre precios.

d) En el folio 8619, correspondiente al hecho 40, se identifica otro correo electrónico interno de PULEVA de fecha 17 de septiembre de 2003 en el que se resume la reunión del GIL celebrada el día anterior « [C]apsa dijo (...). Explicó que la incorporación de Granja San José se hizo pactando con Sali (Clesa) el tema de volumen [...]». En otro correo electrónico interno de PULEVA (recogido en LACTALIS) de fecha 16 de septiembre de 2003, remitido por el sr. Juan Ramón a don Diego, titulado *Reunión gremi 16/09/03*, se pone de manifiesto la celebración de otra reunión del GIL en las oficinas de DANONE, en la que las empresas se intercambiaron nuevamente información estratégica sobre precios «[ Diego : te mando un pequeño resumen de la reunión de Gremi celebrada en las oficinas de Danone.

*Se disculpó Eugenio de NESTLÉ, que tenía reunión en Fenil. En el tema de precios Danone dijo que había subido 1 ptas en agosto y dos en septiembre. Octubre lo dejaba abierto a los acontecimientos, pero con la intención de no subir. Sr. Julián dijo que le preocupaba subir más por que la posible bajada de precios no se produciría hasta Abril. Sr. Leonardo explicó que habían tenido faltas de leche pero que lo habían arreglado con Capsa y Nestlé. Así mismo dijo que en el mes de Diciembre tendrían excedentes. Capsa dijo que en Agosto no habían subido precios y que en Septiembre subirían dos y posiblemente regulasen en Octubre la no subida de agosto. Explicó que la incorporación de Granja San José se hizo pactando con Sali (Clesa) el tema de volumen. El grupo 3A Sr Modesto dijo que tenían falta de leche, por si había alguna empresa que le sobrase. En cuanto a precios dijo que no había subido en agosto y subirían dos en septiembre. (falso por haberme confirmado el de Alt Empordá y Vaquers subida en agosto). Puleva les comenté las subidas y que teníamos el problema de la aplicación rigurosos de la cuota, así como de no comprar a ciertos primeros compradores. (3A ha aumentado las compras a través de Oscagro y Danone continua comprando el grupo de ganaderos de Lérida a través de este primer comprador). Les anuncié que tenía problemas de ganaderos que se marchaban por el tema de la cuota a Copirineo y que la empresa por temas económicos no perdería más leche. Sr Urbano de Clesa como solamente compra leche a grupos asumió las subidas. Hizo referencia al tema de las cooperativas que había consultado el día 28 de agosto y en registro no había ninguna escritura que cambiase el porcentaje de LLET DE CATALUÑA S.L. en el accionariado y que continua siendo de Iparlat en su totalidad. Aportó documentación de las marcas que se han pedido registrar todas a favor de Iparlat (las envío por valija). Así mismo dijo que la marca LLET NOSTRA es genérico con lo cual cualquiera puede envasar con dicha denominación. También el parecido de LLET NOSTRA y el nuevo envase de Iparlat. Sr. Leonardo comentó que se cargan cisternas de leche de las cooperativas en Gerona, descargan en Urnieta y la misma cuba carga en Urnieta y descarga en Vic (Sr. Carlos Alberto ). [...] ».*



Todo parece indicar que las fuentes de esas informaciones solo pueden ser las propias empresas implicadas.

e) Sin embargo, la referencia que hace el acuerdo sancionador al folio 8510 carece de cualquier relevancia incriminatoria puesto que no describe hecho alguno, más allá de la relación con el folio 8619 al que ya nos hemos referido.

3.- En lo que se refiere al año 2004, la fundamentación de la resolución sancionadora se remite a los folios 8.514 y 8.515, 1.753 y 1.754.

a) Los folios 8514 y 8515 no están vinculados con ningún hecho probado, solo hay una nota a pie de página (43) para referirse al hecho 35 con una valoración « *[e]ste tipo de contactos en el seno de GIL se fueron sucediendo periódicamente hasta el año 2010 (nota 43), como demuestran las notas manuscritas de D. Juan Ramón de fecha 8 de octubre de 2008, en la que se describe una reunión del GIL celebrada a las 11h en la sede de "DANONE" sobre precios 2006 (folios 8.637 y 8.638); 2007 (folios 8.516, 8.522, 8.518, 8.633 a 8.635); 2008 (folios 8.531, 8641, 4.067 a 4.069, 4.070 a 4.072, 8.533 y 2.132) [...] »*

b) Tampoco en los folios 1753 y 1754 aparecen reflejados concretos hechos salvo para justificar una valoración asertiva de la participación de la actora en la duración de la infracción, « *[D]ANONE S.A. Consta acreditada su participación en el intercambio de información entre las industrias lácteas en relación con precios y estrategias comerciales, de 2001 a 2004 y 2006 a 2011 «[ Años 2001 (folios 8.505 y 8.507); 2002 (folios 8.508 y 8.509); 2003 (folios 2.101, 8.511 a 8.513, 8.619 y 8.510); 2004 (folios 8.514 y 8.515, 1.753 y 1.754); 2006 (folios 8.637 y 8.638); 2007 (folios 8.516, 8.522, 8.518, 8.633 a 8.635); 2008 (folios 8.531, 8641, 4.067 a 4.069, 4.070 a 4.072, 8.533 y 2.132); 2009 (folios 8.537, 2.135, 8.538 y 8.544); 2010 (folios 8.551 y 2.147); 2011 (folios 8.555 y 8.557). [...]»*

En este año no hay ningún dato o hecho que explique la participación de DANONE en el intercambio de información que se le imputa, lo que va a tener consecuencias de cara la infracción única y continuada que se le imputa y a su posible prescripción, extremo que valoraremos más adelante.

4.- En el año 2006, la remisión se hace a los folios 8.637 y 8.638, hecho 9, en el que se recoge la denominada REUNIÓN APROVISIONAMIENTO NADELA 2006 « *[D]urante el transcurso del año 2006 en relación a precios se produjo una bajada lineal de 12 euros/lts. A ganaderos directos y grupos. La bajada principal se produjo en enero siendo complementada en febrero. Como de costumbre las tres empresas en anunciar la bajada de precios hemos sido Capsa, Lactalis y Puleva.*

*Danone y Leche Pascual se apuntaron al carro a partir de febrero, con la excusa que si los demás bajamos ellos tenían que bajar. (...) Desde el famoso Observatori de la LLet, que ahora ya tiene forma oficial de representación del sector y estructura por parte de la administración catalana, se tuvo varias reuniones donde las empresas representadas por el Gremi, expusimos la bajada de precios orientativa y que iba a suponer entorno al 4%. [...]».*

La reunión refleja el intercambio de información estratégica de las empresas competidoras.

5.- En La referencia al año 2007, se remite a los folios 8.516, 8.522, 8.518, y del 8.633 al 8.635.

En el folio 8516, de nuevo con las anotaciones del sr. Juan Ramón de fecha 27 de febrero de 2007, se recoge la estrategia de precios que DANONE pretende llevar a cabo en los meses siguientes, « *[D]anone: Marzo 2 Abril 1 (Galicia) Navarra repite precios Catalunya 1 Marzo 1 Abril- (No concretado) Andalucía 1 Abril bajada [...]».* Se comprobó por la Administración la relación de estas anotaciones con las facturas correspondientes a marzo/abril de 2007 recabadas de DANONE, y la reducción de precios por parte de la actora para la zona de Galicia en marzo y para la zona de Cataluña en abril, remitiéndose para comprobarlo a lo dicho en los folios del 10057 al 10072.

6.- Para el año 2008, se indican los folios 8.531, 8641, 4.067 a 4.069, 4.070 a 4.072, 8.533 y 2.132.

a) En el folio 8531, hecho 15, se recogen las anotaciones del sr. Juan Ramón de fecha 4 de mayo de 2008, « *[D]anone. J. Comas no baja precios. Quiere ver si los demás bajamos en abril. Leche Pascual. - Anselmo no baja hasta el mes de mayo por Danone [...] ».* Revelan el conocimiento de las estrategias de precios futuras de DANONE y PASCUAL

b) En el folio 8641, hecho 15, se refiere a la REUNIÓN GRANADA JUNIO 2008 « *[E]n este apartado de precios la competencia ha reaccionado de diferentes formas. La bajada de febrero se aplicó en general menos Danone y Lleters de Catalunya (Iparlat). La de marzo se reguló por parte de Danone con una bajada de 42 euros. Finalmente en abril Danone volvió a dar la campanada no bajando el precio, secundado por Leche Pascual que solo bajó 9 euros en los grupos, no así en el ganadero directo, al cual se le comunicó la bajada de 18 euros para el mes de mayo. Llegamos al mes de mayo y Danone anuncia una bajada de 12 euros. Leche Pascual reacciona y se acopla a la bajada de Danone. Capsa, Lactalis y Puleva si aplicamos las bajadas en su totalidad. [...]».*



- c) Los folios 4.067 a 4.069, y folio 4.070 a 4.072, hecho 9, se refiere al acta de COPIRINEO de 15 de diciembre de 2008, pero por remisión, sin mayores detalles o especificaciones.
- d) En el folio 8533, hecho 35, se detallan las notas manuscritas del sr. Juan Ramón de fecha 8 de octubre de 2008, en la que se describe una reunión del GIL celebrada a las 11 horas en la sede de DANONE « [D]ANONE-Catalunya. Septiembre (...) Resto 18€/1000 lts Octubre. Individual y grupo España Galicia/Asturias 3 ptas Resto Octubre Catalunya le quedará el precio medio a 61 pts Leche Pascual. - 1 setbre/bajada 2 ptas y 1 Octubre Lactalis - 2 ptas/sepbre y 1 Octubre. Copirineo Sepbre 60 pta todos iguales. (bajada 2 ptas) Nestle. Bajada 3 ptas directo fuera de Catalunya [...]», lo que revela un nuevo intercambio de precios.
- e) La remisión al folio 2.132 ha resultado del todo irrelevante, puesto que la Sala no ha sido capaz de identificar ninguna referencia fáctica con relevancia incriminatoria.
- 7.- En el 2009, la remisión es a los folios 8.537, 2.135, 8.538 y 8.544.
- a) El folio 8537 recoge el hecho 16, otra vez con anotaciones del sr. Juan Ramón , de 6 de febrero de 2009, donde se indican los precios referidos de diciembre, enero, febrero y marzo « [P]recios Diciembre Cataluña CAPSA -368,25 - 1,66 menos polvo - 1,66 no polvo PASCUAL... 355 - Diciembre (59) 58,10 Enero - 349 57,80 Febrero - 347 55,23 Marzo 332 DANONE 385,3 Dic 353,8 353,8 No bajan 353,8 [...]».
- b) El folio 2135 no está vinculado a ningún hecho sino a una valoración de quien sanciona sobre la conducta. Dice el acuerdo que « [P]ara cada fábrica existen varios asesores (como se puede apreciar en el folio 2121), que transmiten los precios a los ganaderos una vez obtenido el visto bueno de sus superiores jerárquicos (ejemplo, folios 2134 y 2135). Un asesor concreto de una empresa, por tanto, es el contacto directo con los ganaderos, y no tiene sentido que hable sobre precios de intercambio con otro asesor cuando son las necesidades de leche de toda la fábrica las que se han de tener en cuenta, y, por tanto, son precios que se negocian a un nivel superior. [...]».
- c) Lo mismo podemos decir de la remisión que se hace a los folios 8538 y 8544, que tampoco reflejan concretos hechos sino valoraciones jurídicas para explicar de manera asertiva la participación de DANONE en la duración de la infracción DANONE.
- 8.- En el año 2010 se indican los folios 8.551 y 2.147.
- a) En el folio 8551, hecho 17, tenemos nuevas anotaciones del sr. Juan Ramón de 23 de septiembre de 2010 « [D]anone Agosto 317 Sepbre 323 Octubre 329- Clas 328.5 =0 330- Nov Dic L. Pascual 334 340 baja 331 -322- 322 Puleva 313 319 323 [...]», lo que refleja información sobre precios de la competencia referidos a los meses de agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre.
- b) En el folio 2147, como ya hemos detectado, no aparecen reflejados hechos concretos sino valoraciones sobre la participación de DANONE.
- 9.- En el año 2011 se remite el acuerdo a los folios 8.555 y 8.557.
- a) El folio 8555, hecho 19, detalla anotaciones a las que ya nos hemos referido, de fecha 22 de marzo, « [D]ANONE: -334- PASCUAL -334- CAPSA -330- PULEVA -327- [...]». Y anotaciones de 30 de agosto de 2011, al folio 8557, « [J]. Llombart Danone sube 1 pta en septiembre 54-55 330 [...]», que se ponen de manifiesto el conocimiento de la estrategia de precios de DANONE para el mes siguiente.
- 10.- Por último, también se le imputa a DANONE la participación en intercambios de información sobre ganaderos, en el año 2010, y para ello el acuerdo sancionador se remite a los folios 8.552, 4.062 a 4.064, y del 1.863 al 1.868.
- a) En el folio 8552, hecho 46, en la anotación del sr. Juan Ramón de 27 de noviembre de 2010, se recoge « [G]4-Danone. Le sobra leche. Concentrada Francia Cataluña.Lérida 1 ganadero 12.000 " 9.000 " 4.000 " 2.000 Villacorona " 2.000 " 1.500 Quedar [...]».
- b) En los folios 4062 y 4064 se refleja el acta de COPIRINEO en la que se manifiesta « [L]as industrias Danone, Peñasanta y Lactalis no tienen necesidad de leche; más bien al contrario, han anunciado que dejarán de comprar parte de la leche en los próximos meses. [...]».
- c) Los folios 1863 y 1864 no recogen concretos hechos. Se detalla una manifestación de PASCUAL de fecha 30 de septiembre de 2010 de la que difiere de la CNMC.

**QUINTO.-** Identificados los hechos relevantes en los que se sostiene la responsabilidad exigida a DANONE, en el primer motivo invocado en el escrito de demanda sostiene que no estamos ante una restricción por objeto de las previstas por la normativa de defensa de la competencia; la información supuestamente intercambiada no tiene una naturaleza tal que pueda ser calificada de este modo. No ha tenido lugar un



intercambio de información sobre precios. Lo que fue, supuestamente, objeto de intercambio entre las sociedades sancionadas fueron, en realidad, costes de aprovisionamiento, no precios de venta.

Para dar respuesta a esta alegación, tengamos presente, como ha dicho en más de una ocasión el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), y entre otras en sus sentencias de 14 de julio de 1981, Züchner, 172/80, apartado 13; 28 de mayo de 1998, Deere/Comisión, C7/ 95 P, Rec. p. I3111, apartado 86; o 14 de marzo de 2013, asunto T588/08, apartado 60, « *[P]or lo que respecta al intercambio de información entre competidores, ha de recordarse que los criterios de coordinación y cooperación constitutivos de una práctica concertada deben interpretarse a luz de la lógica inherente a las disposiciones sobre competencia del Tratado, según la cual todo operador económico debe determinar autónomamente la política que pretende seguir en el mercado común [...]*». En este mismo sentido, la STS de 27 de octubre de 2015, recurso 1044/2013, para llevar a cabo una correcta valoración del intercambio de la información tiene presente las *Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal (2011/ C 11/01)*, para evaluar los intercambios de información desde el punto de vista de la competencia. Las actualmente vigentes desde enero de 2023, (2023/ C 259/01), que en nada alteran las anteriores en lo que ahora nos ocupa, nos recuerdan a título de ejemplo en su apartado 385, que los intercambios con relevancia colusoria podrán versar « *[s]obre precios, sobre los costes, la capacidad, la producción, las cantidades, las cuotas de mercado, los clientes, los planes para entrar o salir de los mercados, o sobre otros elementos importantes de la estrategia de una empresa, el hecho de que la información intercambiada pueda ser incorrecta o engañosa en sí misma no elimina el riesgo de que pueda influir en el comportamiento de los competidores [...], siempre que por su naturaleza sean capaz de « [i]nfluir en la estrategia comercial de los competidores, creando o pudiendo crear condiciones de competencia que no correspondan a las condiciones normales del mercado de que se trate, teniendo en cuenta la naturaleza de los productos o servicios ofrecidos, el tamaño y el número de las empresas implicadas y el volumen de dicho mercado, reduce la incertidumbre sobre el funcionamiento del mercado en cuestión [...]*».

No queda circunscrito el intercambio de información, para que resulte relevante y capaz de afectar a la competencia, que verse sobre los precios ni tan siquiera a que incidan directamente en ellos como ya advirtiera la STJUE 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros (asunto C-8/08), al fijar el alcance de una práctica concertada « *[p]or lo que respecta a la posibilidad de considerar que una práctica concertada tiene un objeto contrario a la competencia aunque ésta no presente relación directa con los precios al consumo, procede señalar que el tenor del artículo 81 CE, apartado 1, no permite considerar que únicamente se prohíban las prácticas concertadas que tengan un efecto directo sobre el precio que han de pagar los consumidores finales [...]*».

Los hechos que recogimos en el anterior fundamento y que consideramos probados, revelan un sostenido intercambio de información entre competidores susceptible de condicionar la incertidumbre en el mercado y posibilita que las empresas acompañen sus estrategias comerciales en función de la información recibida, lo que condiciona la libertad en la configuración de la oferta y de la demanda del mercado.

Como acertadamente apreció la resolución sancionadora, el intercambio de información ha podido permitir a las empresas su coordinación para llevar de manera acordada o concertada una estrategia común de precios y de reparto de ganaderos, lo que dota al intercambio de información de una mayor relevancia antijurídica.

Revelan estrategias de acuerdos basadas en el liderazgo de precios, prácticas que coinciden con las descritas en el «Estudio sobre el Sector del Envasado y la Distribución de Leche en Galicia desde el punto de vista de la Competencia», de donde partieron las primeras señales de alarma.

De igual modo, el intercambio de información sobre ganaderos habría permitido a las empresas la adopción de una política común para ejercer un control sobre la industria ganadera, cuya dependencia de la industria transformadora les obliga a someterse a las exigencias de las empresas con mayor poder en el mercado.

Por otro lado, este intercambio ni se justifica ni obedece a otras razones lícitas. Tampoco se acredita que favoreciera el mercado. Al contrario, la presión que ejercieron sobre algunas explotaciones ganaderas, la cadena más débil en el suministro podría ponernos sobre la pista de que fue una práctica con directos efectos perjudiciales en el mercado.

En su defensa, DANONE sostiene que en algunos casos se trata de información pública y de información pasada. En respuesta a esta alegación, debemos precisar que no basta con la mera afirmación de que la información sea pública, conocida o se trata de datos pasados. Es necesario no solo acreditarlo sino poner de manifiesto que, además, es inocua de cara al mercado. Como expresan las Directrices a las que ya nos hemos referido, respecto de la información anunciada públicamente, apartado 397, « *[n]o la deja fuera de la órbita del art. 101.1. la divulgación pública puede, en algunos casos, formar parte de un canal de comunicación entre competidores. Determinada información en el dominio público puede ayudar a los clientes a tomar decisiones de compra informadas [...]*». Del mismo modo, una información pasada pero no conocida, puede servir para que los competidores acomoden sus estrategias futuras.



En definitiva, este comportamiento revela que las empresas implicadas pudieron condicionar sus decisiones estratégicas en función de la información recibida, lo que supone una alteración del normal funcionamiento del mercado.

**SEXTO.**- Esta conducta colusoria encaja en el artículo 101 del TFUE y 1 de la LDC, y se desprende esencialmente de las anotaciones manuscritas de don Juan Ramón , trabajador de NESTLÉ y luego de LACTALIS, de varios correos internos y de reuniones del GIL, alguna de ellas llevadas a cabo en la sede de DANONE. Estos datos han sido recogidos en el fundamento cuarto de esta sentencia.

En contra de lo que hemos visto en otras ocasiones, y entre otras en las SAN de 6 de diciembre del 2020, recurso 505/2016; 14 de diciembre de 2020, recurso 514/2016 o 21 de diciembre de 2020, recurso 477/2016, en las que analizábamos en alcance incriminatorio de correos electrónicos en los que se relataba la participación de otro, en el presente caso tanto la información recabada de un tercero, el sr. Juan Ramón , como los correos internos examinados, sí tienen suficiente valor probatorio de la práctica colusoria. En primer lugar, las propias Directrices en su apartado 401, contemplan la posibilidad de que los intercambios de información comercial confidencial entre competidores puedan tener lugar a través de un tercero. En segundo lugar, los correos y las anotaciones describen comportamientos no solo incriminatorios para un tercero, sino también para el que los emite, relata o recibe. En tercer lugar, en algunas ocasiones esa información se ha visto corroborada por variaciones en el precio de la leche cruda en el mercado. En cuarto lugar, la participación y connivencia en la conducta colusoria se constata por la asistencia de la recurrente a reuniones en las que se llevó a cabo el intercambio de la información, lo que revela su comportamiento activo o simplemente receptivo y pasivo, pero sin ademán o prueba de su apartamiento. En quinto y último lugar, la propia recurrente facilitó sus instalaciones para llevar a cabo reuniones del GIL.

Cierto que el TJUE ha exigido que la incriminación se ponga de manifiesto con pruebas precisas y concordantes para asentar la firme convicción de que la infracción tuvo lugar (véanse en ese sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1993, Ahlström Osakeyhtiö y otros/Comisión, C- 89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 y C-125/85 a C-129/85, Rec. p. I-1307, apartado 127; del Tribunal General de 6 de julio de 2000, Volkswagen/Comisión, T- 62/98, Rec. p. I-2707, apartados 43 y 72). Sin embargo, también hemos dicho en reiteradas ocasiones que difícilmente se pueden obtener pruebas incriminatorias directas en este tipo de comportamiento, puesto que los autores de las infracciones, generalmente conscientes de su ilicitud, hacen todo lo posible para que no trasciendan. Por eso es tan habitual que en el ámbito de este tipo de infracciones sea la prueba indiciaria el soporte en el que se justifiquen las conductas imputadas. En estos casos, basta para justificar la culpabilidad del infractor que quien sanciona parta de un hecho conocido y cierto del que, a través de un razonado proceso de análisis deductivo, se concluye la existencia de otro desconocido hasta ese momento, pero también cierto y veraz, donde se culmina y manifiesta la conducta infractora y la culpabilidad de quien la cometió.

Este proceso debe estar trabado con la suficiente fuerza persuasiva que lleve, sin dudas, a la convicción de quien sanciona de que los hechos se han producido tal y como se describen, de manera que sea posible establecer una directa relación entre estos y las consecuencias punitivas que se anudan, descartando cualquier otra explicación alternativa que permita desvirtuar las conclusiones a las que ha llegado.

En definitiva, para que la prueba de presunciones supere la barrera de la presunción de inocencia, se requiere que los indicios no se sustenten 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.

En el presente recurso, los hechos acreditados revelan sin excesiva dificultad deductiva la existencia del intercambio de información entre competidores en el que se sustenta la infracción imputada.

**SÉPTIMO.**- DANONE cuestiona y pide la anulación de la propuesta de resolución dictada porque nada decía respecto al importe de sanción.

Sobre esta cuestión ya hemos dicho y por todas en nuestra sentencia 11 de diciembre de 2012 recurso 6/2012 que « [e]l art. 34 del Reglamento de Defensa de la Competencia no impone que la propuesta de resolución contemple una sanción concreta (...) En cuanto al hecho de no haber incluido el Informe propuesta una sanción precisa, hay que indicar que la determinación de la multa es una competencia que corresponde exclusivamente al órgano sancionador, y en ningún caso a+ la Dirección de Investigación que, es el órgano instructor del expediente al que le corresponde elaborar una propuesta cuyo contenido determina el artículo 34 del Real Decreto 261/2008 de 22 de febrero por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (...) 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 [...]».*

Baste la remisión que hacemos, en respeto a la unidad de doctrina y a la seguridad jurídica, para que sigamos manteniendo el mismo criterio, sin que las razones invocadas justifiquen su cambio.

**OCTAVO.-** También alega la falta de proporcionalidad de la sanción, esencialmente debida una incorrecta definición geográfica del mercado que es eminentemente regional, y para la actora, circunscrito a Cataluña. Afirma que las empresas implicadas no compiten entre sí, al menos en lo que a DANONE se refiere.

En cuanto a la definición del mercado, su afectación a la sanción impuesta y por ende al principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción, las SsTS de 21 de mayo de 2020, recurso 7880/2018 y 26 de octubre de 2020, recurso 4227/2019, aunque referidas a mercados conexos, han dicho que « [e]s jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia que la redacción del artículo 101 TFUE , apartado 1, se refiere con carácter general a todos los acuerdos y prácticas concertadas que, en relaciones horizontales o verticales, falseen la competencia en el mercado común, con independencia del mercado en el que operen las partes y de que sólo el comportamiento comercial de una de ellas resulte afectado por los términos de los pactos de que se trate (véase la sentencia de 22 de octubre de 2015, AC- Treuhand/Comisión, C-194/14 P, EU:C:2015:717 , apartados 34 y 35 y jurisprudencia citada). (...) el objetivo principal de la prohibición establecida en el artículo 101 TFUE , apartado 1, es garantizar el mantenimiento de una competencia no falseada en el interior del mercado común [...]».

Es cierto que la leche cruda, por su carácter perecedero, tiene un mercado carácter local en lo que se refiere a las granjas y a los ganaderos, y que en este sentido podríamos hablar de un mercado reducido desde el punto de vista de la distancia que pueden recorrer los camiones desde la granja hasta el centro de producción. Pero como advirtió la resolución impugnada « [l]as prácticas objeto de este expediente pueden tener un apreciable efecto en el comercio entre los Estados miembros, ya que la leche cruda de vaca es la materia prima que las industrias lácteas posteriormente transforman en productos lácteos, que se comercializan también en el exterior de nuestras fronteras. [...]».

Además, DANONE participó activamente y pasivamente en el intercambio de información en todo el ámbito geográfico al que se extiende la práctica colusoria y no solo en Cataluña. Que el mayor radio de acción en la compra de leche cruda se llevara a cabo en Cataluña no significa que no tuviera actividad en otros lugares, como así consta en los hechos que hemos declarado probados. Por otro lado, mantuvo contactos con otros competidores de otras zonas geográficas y los intercambios mantenidos entre todos sí tienen la capacidad potencial de afectar a todo el sector ganadero.

No podemos olvidar, respecto de la relevancia de mercado geográfico, que el Tribunal Supremo, en un cartel fallado por esta Sala en la que sí apreciamos la relevancia del error en que incurrió la CNMC en su definición, ha corregido nuestro criterio, entre otras por la STS de 8 de enero de 2024, recurso 5968/2022, y ha dicho que « [E]n las infracciones por objeto la comisión de la infracción no es algo que dependa del efecto concreto que la conducta colusoria haya producido en el mercado, ni, por ende, en el mercado geográfico relevante, por cuanto, una vez probada la existencia de acuerdo anticompetitivo la definición del mercado no es decisiva (...) con independencia del mercado relevante geográfico afectado, la conducta colusoria existe desde el momento en el que por sí misma tiene capacidad para menoscabar la competencia. Por tanto, la CNMC no ha incurrido en una definición insuficiente ni confusa del mercado de referencia, sino ajustada al mercado geográfico en el que se desplegaba el cártel. [...]».

Por último, afirma la demanda que no se alcanzan a comprender las razones por las que la metodología del cálculo de la sanción alcanzaría el importe del 3,1% del volumen de negocios del año 2018 y no, por ejemplo, una cifra del 2%, del 1,5% o del 1%. Sencillamente, no se sabe por qué se alcanza esta cifra tan concreta y no otra cualquiera. La metodología empleada por la CNMC descansa sobre la base de unos criterios que resultan manifiestamente irrazonables y, por ello, arbitrarios, que generan una absoluta indefensión a mi mandante.

Lo que cuestiona la actora es la proporcionalidad de la sanción impuesta en función del porcentaje fijado por el acuerdo sancionador, que puede oscilar entre el 1 y el 10%, conforme a lo previsto en el artículo 63.1 de la LDC con arreglo a los parámetros del artículo 64.

Sobre este punto y como ya hemos dicho en anteriores ocasiones, el acuerdo sancionador ha seguido los criterios y las líneas trazadas por la STS de 29 de enero de 2015, recurso 2872/2013, que dejó sin efecto la comunicación de multas y corroboró que la cuantificación de la sanción debía circunscribirse a los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC. Esta previsión legal se concibe como el nivel máximo de un arco sancionador y que las sanciones deben individualizarse en función de la gravedad de las conductas, « [c]onstituye, 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. [...]». Esto significa que la multa podría llegar hasta el 10% del volumen de negocios total, puesto que estamos ante una infracción muy grave como prevé el artículo 63.1 c) de la LDC. Como dice la resolución sancionadora, la determinación de la sanción deberá concretarse en una horquilla que discurre del cero al 10% del volumen de negocios total de las empresas infractoras en el ejercicio anterior al de dictarse resolución. Dentro de dicho margen, la multa deberá determinarse conforme a los criterios de graduación previstos en el artículo 64 de la LDC.

Bajo esta premisa podemos afirmar que el acuerdo sancionador respeta los márgenes herméticos que se derivan de la cuantificación de la multa establecidos por el Tribunal Supremo, que además ha rechazado varios recursos de casación en los que podría haber revisado esta doctrina.

**NOVENO.-** Dejamos para el último razonamiento la prescripción alegada por la demanda respecto de las conductas infractoras que habrían tenido lugar con anterioridad al año 2004, que no pueden integrarse válidamente en una única infracción de carácter continuado que se habría prolongado hasta el año 2011. Afirma que las eventuales conductas infractoras que hubieran tenido lugar antes de esa fecha, se encontrarían prescritas por imperativo de lo dispuesto en el artículo 68.2 de la LDC. Cualquier responsabilidad infractora por la que DANONE debiera ser sancionada quedaría así circunscrita, única y exclusivamente, a los intercambios de información que hubieran podido producirse entre finales de 2006 y agosto de 2011.

La respuesta a este motivo debe enlazarse directamente con la descripción de hechos probados que hicimos en el fundamento tercero. Para el año 2004, advertíamos que la remisión a los folios 8.514 y 8.515, 1.753 y 1.754, no reflejaba ningún hecho concreto del que se pudiera deducir la conducta colusoria que se le imputa a DANONE. Solo se reiteran las reuniones del GIL, sin especificar concretamente la de ese año en las que participara DANONE, de hecho solo se detalla una, pero correspondiente al año 2006. Se limita la CNMC a realizar apreciaciones valorativas en torno la conducta imputada, pero obviando la concreta referencia a extremos o circunstancias ocurridas en ese año que fueran imputables a la actora.

En definitiva, en este año no hay ningún dato que explique la participación de DANONE en el intercambio de información que se le imputa, y ya advertíamos que esta omisión podría tener consecuencias de cara a la infracción única y continuada.

Analizamos en el fundamento segundo de esta sentencia, sobre quién recae el ejercicio de la potestad sancionadora, la carga de la prueba incriminatoria y la imposibilidad de que los jueces integremos o completemos las resoluciones sancionadoras. Siguiendo esa doctrina, nada en el acuerdo impugnado, ni tan siquiera a través de su lacónica remisión a los folios 8.514 y 8.515, 1.753 y 1.754, permite constatar la activa participación de DANONE en la conducta colusoria en el año 2004.

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 cártel, 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 concurren 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 asó, 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.

En conclusión, solo le resulta imputable a la actora la infracción única y continuada que abarca el periodo comprendido entre 2006 y 2011.

**DÉCIMO.**- Por último, los razonamientos de esta sentencia revelan que la Sala no alberga dudas sobre la antijuridicidad y punibilidad de las conductas probadas en el periodo al que nos referimos arriba, sin que consideremos necesario elevar cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como sugiere la demandante.

**DÉCIMOPRIMERO.**- 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.

**DÉCILOSEGUNDO.**- La parcial estimación del recurso, implica que la Sala no haga especial pronunciamiento sobre las causadas de conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la LJCA.

## FALLAMOS

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.

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

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.