



Roj: **SAN 580/2024 - ECLI:ES:AN:2024:580**

Id Cendoj: **28079230062024100056**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **13/02/2024**

Nº de Recurso: **2280/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0002280 /2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 14195/2019

Demandante: LA ASOCIACIÓN DE EMPRESAS LÁCTEAS DE GALICIA, (AELGA)

Procurador: D, ARGIMIRO VÁZQUEZ GUILLÉN

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Codemandado: UNIONS AGRARIAS-UPA, , O SEIXO, SOCIEDAD AGRARIA DE TRANSFORMACIÓN ("OSSAT") Y SOCIEDAD AGRARIA DE TRANSFORMACIÓN NÚMERO 6.343 DENOMINADA GANADERA SAN ANTÓN (EN LIQUIDACIÓN)

Abogado Del Estado

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

S E N T E N C I A N º :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a trece de febrero de dos mil veinticuatro.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm.**2280/2019** promovido por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de **LA ASOCIACIÓN DE EMPRESAS LÁCTEAS DE GALICIA, (AELGA)**, contra la resolución de 11 de Julio de 2019 dictada por la Sala de Competencia del Consejo de Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en el expediente NUM000 . Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado. Se han personado como interesados UNIONS AGRARIAS-UPA, representada por la procuradora Doña Silvia Vázquez Senín , O Seixo, Sociedad Agraria de Transformación ("OSSAT") , representada por el procurador D. Ignacio Tartón Ramírez

y SOCIEDAD AGRARIA DE TRANSFORMACIÓN NÚMERO 6.343 DENOMINADA GANADERA SAN ANTÓN (EN LIQUIDACIÓN), representada por la procuradora D^a María José Bueno Ramírez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dictase por la que se declare nula y no acorde a derecho o, subsidiariamente, anule la Resolución de 11 de julio de 2019, la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en el expediente S/0425/12 INDUSTRIAS LÁCTEAS 2, por la que se declara a AELGA responsable de la comisión de una 15 infracción, de Defensa de la Competencia, imponiéndole una multa de 60.000. Todo ello con imposición de costas a la administración demanda.

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

TERCERO. -Habiéndose acordado el recibimiento del recurso a prueba con el resultado obrante en autos, se confirió traslado a las partes para la presentación de conclusiones escritas, verificado lo cual, quedaron las actuaciones concluidas para deliberación, votación y fallo, a cuyo efecto se señaló el día 22 de noviembre de 2023, fecha en la que ha tenido lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - A través de este proceso la entidad actora impugna la resolución de 11 de Julio de 2019 dictada por la Sala de Competencia del Consejo de Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en el expediente NUM000 , por la que sanciona a la recurrente, por su participación en un cartel configurado como una infracción única y continuada, consistente en una infracción única y continuada que englobaría prácticas de intercambio de información comercial sensible, que podrían haberse materializado en determinados momentos, en acuerdos de fijación de precios, reparto de mercado y control de excedentes.

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

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

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

(...)

9- ASOCIACIÓN DE EMPRESAS LÁCTEAS DE GALICIA

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

(...)

9. ASOCIACIÓN DE EMPRESAS LÁCTEAS DE GALICIA: 60.000 euros.

Cuarto (...)

Quinto. (...)

Sexto. (...)

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

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

1. ASOCIACIÓN DE EMPRESAS LÁCTEAS DE GALICIA (AELGA) La AELGA, con sede en Lugo, es una entidad que agrupa a compañías de recogida de leche en la comunidad autónoma de Galicia. Se ha acreditado que pertenecen o han pertenecido a la asociación en diversos periodos: LACTALIS, NESTLÉ, PASCUAL, DANONE, CAPSA, LECHE CELTA, LECHE RÍO, CELEGA, FEIRACO e ILAS, entre otros.



A continuación, se analiza la normativa de la Unión Europea, nacional y autonómica sobre el sector lácteo y el mercado de producto y geográfico, recogiendo que el mercado de producto es el de aprovisionamiento de leche cruda de vaca, entendida como tal aquella leche que no haya sido calentada a más de 40° C ni sometida a un tratamiento de efecto equivalente, precisando que el expediente se centra en la relación entre el eslabón de la producción y el de la industria transformadora, dejando al margen la distribución final (venta al público a través de plataformas, almacenes intermedios, transporte a tienda y/o establecimiento HORECA23). En cuanto al alcance geográfico se refiere que el mercado de producto considerado es de ámbito nacional, si bien existen algunas diferencias regionales por áreas de producción.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- Comprar fuera del territorio peninsular español y las Illes Balears leche y productos lácteos para venderlos a compradores transformadores e Industriales.

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

- Comprar y vender productos lácteos a Compradores transformadores e Industriales.

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

Se añade que por parte del sector productor, destaca la Organización de Productores de Leche (OPL) y que también está representado por la Asociación Agraria de Jóvenes Agricultores (ASAJA), la Coordinadora de Organizaciones de Agricultores (COAG) o la Unión de Pequeños Agricultores y Ganaderos (UPA) así como que la Organización Interprofesional Láctea (INLAC), es el instrumento de diálogo y decisión donde las organizaciones profesionales representativas de los sectores productor y transformador abordan los



problemas del sector lácteo español, emitiendo recomendaciones y adoptando decisiones vinculantes para su mejor regulación interna. INLAC cuenta entre sus miembros con representantes de la rama productora y de la rama industrial.

A continuación, se analiza la gestión de la producción de leche en España a cuyo efecto se reseña que el sistema de cuota láctea ha desaparecido en el año 2015 y que sin embargo, durante el periodo objeto de análisis de la presente resolución, el sector estaba condicionado por este sistema de asignación de cuotas cuyo funcionamiento se explica de forma detallada.

Por lo demás se recoge en la resolución que el Reglamento (UE) 261/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de marzo, que modifica el Reglamento (CE) 1234/2007 en lo que atañe a las relaciones contractuales en el sector lácteo de la leche y de los productos lácteos, introdujo varias modificaciones respecto a los textos iniciales, por lo que fue necesario realizar una serie de cambios en las normas nacionales de aplicación y que en España, se aprobó el Real Decreto 1363/2012, de 28 de septiembre de 2012, por el que se regula el reconocimiento de las organizaciones de productores de leche y de las organizaciones interprofesionales en el sector lácteo y se establecen sus condiciones de contratación.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Que los productores solamente podían comercializar su leche mediante entregas a compradores autorizados, pudiendo entregar simultáneamente a varios compradores autorizados. Si deseaban cambiar de comprador autorizado en cualquier momento del periodo de tasa láctea, lo podían hacer siempre que lo comunicasen a la autoridad competente.



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

Que independientemente de esto, el Fondo Español de Garantía Agraria (FEGA) ponía a disposición de los compradores autorizados el acceso a la información consolidada de las entregas conjuntas realizadas en el periodo por los productores a los que compran, a través del Sistema de información de la tasa láctea (SITALAC). Al final de cada período, el FEGA determinaba la contribución de cada productor al pago de la tasa que correspondía tras haber reasignado la parte no utilizada de la cantidad de referencia nacional asignada a las entregas, entre los productores que habían rebasado su cantidad de referencia individual, en primer lugar, por comprador, y seguidamente, a escala nacional.

En cuanto a la gestión y recaudación de la tasa láctea, que se realiza a través de la retención por parte de los productores. Las retenciones practicadas debían figurar expresamente en las facturas correspondientes a las entregas del mes al que se aplicasen, detrayéndose del montante final que debía percibir el productor, expresándose con el detalle de los kilogramos sobrepasados y del importe unitario aplicable a cada uno de ellos.

Que a su vez, los compradores autorizados abonaban al FEGA, y declaraban a la autoridad competente de la comunidad autónoma que les habían otorgado la autorización, el importe de las retenciones practicadas dentro de los 20 primeros días naturales del mes siguiente al que correspondían. Adscrita al FEGA se creó la Mesa de coordinación del régimen de tasa.

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

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

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

En el apartado "Contactos sobre excedentes de leche" se consigna que: "se ha acreditado en el expediente la existencia de intercambios de información con la intención de llegar a acuerdos para la gestión de excedentes, producidos en el seno de AELGA. En relación con este tipo de contactos, en el documento titulado "ACTA DE LA REUNION DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LA ASOCIACION DE EMPRESAS LÁCTEAS DE GALICIA, CELEBRADA EL DIA 5 DE AGOSTO DE 2008., se pone de manifiesto la intención de llevar a cabo estrategias comunes sobre excedentes de leche (folios 596 a 599)

Por lo demás, se afirma la existencia de responsabilidad de las asociaciones (...) y AELGA independiente de la de sus socios, por cuanto se ha acreditado la existencia de contactos y reuniones en el seno de éstas porque actuaron como facilitadoras para que los intercambios de información tuvieran también lugar, y tenían obviamente conocimiento de lo tratado en sus reuniones, pudiendo distanciarse o advertir de su sensibilidad, y su posible ilicitud e incluso decidir si el contenido de alguna cuestión comercial sensible se incluía o no en el orden del día de las mismas.



Y se concluye afirmando que consta acreditada la participación de AELGA en el intercambio de información entre las industrias lácteas en relación con precios y estrategias comerciales, en particular el posible control de excedentes, durante los años 2008 a 2009 (folios 596 a 599, 606 a 610, 611 a 613, 614 a 616)"

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

1- Las conductas que se le imputan nunca han sido consideradas anticompetitivas y que la Dirección de Competencia ha obviado deliberadamente en este expediente que, en materia de precios:

a) La declaración unilateral y espontánea de una empresa en un contexto de frustración por la situación de crisis económica galopante de que tendrá en cuenta en el precio de compra de la leche cruda de vaca la cantidad que tenga que desviar a elaborar leche en polvo, es una información que constituye una obviedad reconocida hasta en el apartado [311] del PCH), sin ningún contenido comercialmente sensible y por el que sólo se ha imputado a dicha empresa además de a la AELGA.

b) Una estimación ficticia y genérica sobre la evolución del dato del precio medio en Galicia ofrecido por el FEGA desde octubre hasta diciembre a los solos efectos de presentarla a la Administración en la reunión convocada por ella sobre esa cuestión.

Refiere que la Dirección de Competencia considera estas conductas anticompetitivas mientras la Administración y las asociaciones de ganaderos auspiciaban un acuerdo con las industrias sobre el modelo de recibo en la Mesa de la Leche que, entre otros elementos, contempla la reducción progresiva de las diferencias de precios pagados a los ganaderos de una misma industria en concepto de prima de volumen.

En relación a la gestión de excedentes señala que el supuesto intercambio de información sobre excedentes, en realidad, sólo refleja en un primer momento una reflexión de una empresa sobre la necesidad de llegar a acuerdos para gestionar los excedentes coyunturales de leche que no tiene ningún seguimiento hasta el punto de que un año más tarde se vuelve a debatir desde cero sin llegar a ningún acuerdo salvo crear un grupo de trabajo puesto que el coordinador de la AELGA envía un correo electrónico individual a tres empresas, recibe tres respuestas genéricas y no se vuelve a intercambiar información o adoptar ninguna otra iniciativa al respecto.

Añade que en este proceso de discusión inicial y preliminar no se intercambia ninguna información comercialmente sensible y denuncia que en la resolución sancionadora se obvia que los acuerdos sobre excedentes están respaldados por la estrategia sectorial de la Administración española, las propias organizaciones de productores y la Interprofesional Láctea (INLAC) y pueden instrumentarse mediante acuerdos de producción o comercialización conjunta conformes a la normativa de competencia o incluso acuerdos de retirada de producto autorizados por la Comisión Europea conforme a la normativa agrícola comunitaria.

2- Inexistencia de una infracción única y continuada No existe ninguna evidencia o indicio que permita concluir que existió un plan/acuerdo global entre 2000 y 2013 en el que participara la Asociación de Empresas Lácteas de Galicia. Denuncia que, en ausencia de evidencias de la existencia de un plan preconcebido, se han agrupado todas las conductas anticompetitivas que se hubieran podido producir en este sector, independientemente de su naturaleza, su ámbito geográfico, sus autores con la intención de encuadrarla en infracción única y continuada, limitándose a clasificar los supuestos contactos en atención al foro en el que se producen y citar cronológicamente las supuestas evidencias o indicios agrupados en tres categorías: intercambio de información sobre precios, intercambio de información sobre ganaderos e intercambio de información sobre excedentes, omitiendo deliberadamente que estos foros y los contactos se circunscriben a mercados autonómicos específicos, que no tienen ninguna vinculación entre ellos. Añade que se obvia en la resolución impugnada que las condiciones de competencia difieren significativamente entre Comunidades Autónomas y, en particular, entre Asturias, Cantabria, Cataluña y Galicia y que no hay tampoco identidad de sujetos activos. Refiere que si bien las empresas que la resolución identifica como G4 forman parte de la AELGA, la asociación tiene una composición mucho más amplia, con una presencia significativa de empresas originarias de Galicia (LECHE RIO, FEIRACO, LÁCTEOS DE MOECHE QUESERÍAS PRADO, etc.) y la gerencia-portavocía de la AELGA-, incluyendo la elaboración de actas y representación en los órganos y foros sectoriales, se lleva a cabo por un profesional independiente sin vinculación laboral con ningún asociado de AELGA. Que AELGA, no dispone de local propio y se constituyó con la finalidad de vehicular la participación del sector comprador en los distintos foros instituciones, de representación y de debate interprofesional: y que no existe en ninguna de las actas y documentación obrante en el expediente ningún indicio siquiera de haya incurrido en actividad infractora. Que los debates que en su seno se mantuvieron no difirieron de los contenidos de los foros o reuniones en los que participó la asociación.



3- Vulneración del principio ne bis in idem. Se argumenta en la demanda que la resolución que se recurre imputa a la AELGA una conducta realizada supuestamente en el seno de la asociación pero que también responsabiliza a algunas empresas miembros de la AELGA de algunas de las conductas imputadas a la asociación, sin justificar que la AELGA haya desempeñado una actuación propia y diferenciada de sus empresas miembros en relación a esas conductas, tal como exige la jurisprudencia y la propia práctica administrativa de la CNMC para poder sancionar conjuntamente a una asociación y a sus miembros. Que las conductas imputadas a la AELGA se refieren a dos contactos sobre precios y condiciones comerciales y dos contactos sobre excedentes y que, aunque ninguno de estos contactos es contrario a la normativa de competencia la AELGA no ha desempeñado ninguna actividad propia y diferenciada en ellos porque AELGA no ha adoptado ningún acuerdo, decisión o recomendación dirigida a sus miembros, ni lo ha impulsado, coordinado o supervisado. Añade que la Dirección de Competencia sólo ha imputado a alguno o algunos asociados de AELGA en relación a cada contacto supuestamente anticompetitivo y no al resto, con lo que no se entiende que se les pueda sancionar indirectamente por su pertenencia a la asociación cuando la propia Dirección de Competencia ha establecido que no han tenido ninguna participación en dichas conductas.

Añade que, además, la AELGA no ha desempeñado ninguna actuación propia y diferenciada en ninguno de los contactos identificados en resolución.

Que el primer contacto sobre precios, fechado en 2009, se refiere a la reflexión unilateral, anecdótica y sin información comercialmente sensible de un representante de una empresa en una reunión de la asociación sobre su intención de tener en cuenta en sus precios de aprovisionamiento la cantidad destinada a la producción de leche en polvo, que no deja de ser una obviedad en este mercado sin ninguna relevancia a efectos de transparencia en el mercado.

Que el segundo contacto sobre precios, fechado el 13 de octubre de 2011, se refiere a la preparación de una reunión convocada por la Consejería de Agricultura ese mismo día y se limitó a la transmisión de datos del FEAGA sobre evolución de precios hasta agosto 2011 extrapolados hasta diciembre 2011, una estimación "ficticia" destinada a alegrar "los oídos" de la Administración y sin ninguna relevancia a efectos de transparencia en el mercado.

Por lo que se refiere a los dos contactos sobre excedentes coyunturales, explica que en el primero sólo se produjo una reflexión entre dos empresas sin ninguna participación de la AELGA y en el segundo el coordinador de AELGA se limitó a enviar de forma separada tres correos electrónicos con unas preguntas de cuyo contenido no estaba seguro, recibir dos respuestas genéricas y no darles ningún seguimiento ni compartirlas en el seno de la AELGA.

Dicho lo anterior, concluye que los requisitos exigidos por la jurisprudencia europea y la práctica administrativa de la propia CNMC para imputar responsabilidades separadas a asociaciones y sus miembros no concurren en la conducta de la AELGA. Y que, de hecho, cabe hablar de una ausencia de conducta de la asociación.

4-Respecto de la cuantificación de la sanción, infracción de los artículos 131 de LPA y 6 de la Carta, en relación el artículo 64.1 de la LDC. Vulneración del principio de proporcionalidad y falta motivación del cálculo de la cuantía, el cambio de tipo sancionador individual, ni tampoco el nulo efecto de la conducta individual de la recurrente (artículos 64.1 g) y 64.3 b) de LDC).

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

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

QUINTO. - Expuestos, en apretada síntesis, los términos del debate, examinaremos los motivos de impugnación articulados por la recurrente, conviene recordar que, como decíamos en sentencia de 9 de junio de 2016, recaída en el recurso 551/13, respecto de la prueba de las infracciones en materia de competencia:

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



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

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

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

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

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

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

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

"Al respecto, cabe recordar que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, contenida en reiteradas sentencias (SSTC 174 /1985, 175/1985, 229/1988), y a la jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 18 de noviembre de 1996 , 28 de enero de 1999 , 6 de marzo de 2000) puede sentarse que el derecho a la

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

SEXTO-. Dicho lo anterior, la recurrente ha sido sancionada por la comisión de una infracción única y continuada-consistente en el intercambio de información entre las industrias lácteas en relación con precios y estrategias comerciales, en particular el posible control de excedentes, durante los años 2008 a 2009.

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

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



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

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

Además, no solo se ha de probar la existencia del cartel sino también su duración, STJUE de 15 de marzo de 2000, Cimenteries CBR y otros/Comisión, T25 /95 T26/95, T30 /95 a T32/95, T34 /95 a T39/95, T42 /95 a T46/95, T48 /95, T50/95 a T65 /95, T68/95 a T71 /95, T87/95, T88 /95, T103/95 y T10 4/95, Rec. p. II491, (apartado 2802).

El carácter clandestino y oculto de mayor parte de este tipo de actividades, conlleva una dificultad probatoria a la que no ha sido ajeno el TJUE, dificultad que no solo se extiende a la participación sino a la duración de la conducta, por ello «[s]i no existen pruebas que permitan demostrar directamente la duración de una infracción, la Comisión debe basarse al menos en pruebas de hechos suficientemente próximos en el tiempo, de modo que pueda admitirse razonablemente que la infracción prosiguió de manera ininterrumpida entre dos fechas concretas [...]», STJCE de 7 de julio de 1994, Dunlop Slazenger/Comisión, T43 /92, Rec. p. II441 (apartado 79), y de 16 de noviembre de 2006, Peróxidos Orgánicos/Comisión, T12 0/04, Rec. p. II4441, (apartado 51).

Esta construcción jurisprudencial permite que, tanto al sujeto o a la empresa que han participado en todos los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, como a aquel o aquella que solo ha participado en una parte de los que componen la infracción única y continuada, pero con conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por los demás participantes en el cartel para alcanzar los mismos objetivos o haber podido preverlos de forma razonable y haber estado dispuesta a asumir el riesgo, se le puedan imputar en ambos casos la totalidad de los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción, STJUE de 24 junio 2015, asunto C-263/2013, (apartado 158) y STJUE 6 de diciembre de 2012, Comisión/ Verhuizingen Coppens, C 441/11 P, EU:C:2012:778, (apartado 43).

Basta con que se trate de una infracción única y continuada para que necesariamente pueda considerarse que una empresa que participe en una u otra de sus manifestaciones, sea responsable de la totalidad de esa infracción. Sin embargo, es necesario que quien sanciona demuestre que esa empresa conocía las actividades contrarias a la competencia a escala europea de las demás empresas o que podía razonablemente preverlas. Debe acreditarse que la referida empresa intentaba contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por todos los participantes y que tenía conocimiento de los comportamientos infractores previstos o ejecutados por otras empresas para alcanzar los mismos objetivos, o que podía de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo, STJUE 9 de septiembre de 2015, T104/13, Toshiba Corp, (apartado 53).

Esta unicidad en la infracción permite hacer responsable a una empresa, como integrante de este plan preconcebido de los actos y comportamientos que materialmente haya realizado otro de los integrantes del grupo, en una suerte de responsabilidad solidaria que rompe el principio de individualización de la pena.

Sin embargo, no podrán ser sancionados si a pesar de participar directamente en uno o varios comportamientos contrarios a la competencia que componen una infracción única y continuada, no se haya «[a]creditado que, mediante su propio comportamiento, intentase contribuir a la totalidad de los objetivos comunes perseguidos por los otros participantes en el cártel y que tenía conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por dichos participantes para alcanzar los mismos objetivos o que pudiera de forma razonable haberlos previsto y estuviera dispuesta a asumir el riesgo, la Comisión únicamente puede imputarle la responsabilidad de los comportamientos en los que participó directamente y de los comportamientos previstos o ejecutados por los otros participantes para alcanzar los mismos objetivos que los que ella perseguía y de los que se acredite que tenía conocimiento o podía haberlos previsto razonablemente y estaba dispuesta a asumir el riesgo [...]», STJUE de 24 junio 2015, asunto



C-263/2013, (apartado 158) y STJUE de 6 de diciembre de 2012, Comisión/Verhuizingen Coppens, C 441/11 P, EU:C:2012:778, (apartado 44).

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

Pues bien, recordemos que en la resolución recurrida tiene por acreditada la participación de AELGA en el intercambio de información entre las industrias lácteas en relación con precios y estrategias comerciales, en particular el posible control de excedentes, durante los años 2008 a 2009 y concreta la prueba en el contenido de los documentos obrantes en los folios 596 a 599, 606 a 610, 611 a 613, 614 a 616.

Pues bien, en el apartado "contactos sobre excedentes de leche", se hace recoge lo siguiente:

"Se ha acreditado en el expediente la existencia de intercambios de información con la intención de llegar a acuerdos para la gestión de excedentes, producidos en el seno de AELGA".

En relación con este tipo de contactos, en el documento titulado "ACTA DE LA REUNION DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LA ASOCIACION DE EMPRESAS LÁCTEAS DE GALICIA, CELEBRADA EL DIA 5 DE AGOSTO DE 2008.", se pone de manifiesto la intención de llevar a cabo estrategias comunes sobre excedentes de leche (folios 596 a 599) Y a continuación, se transcriben los siguientes hechos recogidos en las correspondientes actas:

"El sr. Camilo (LECHE CELTA), comenta que sería positivo retirar durante el mes de agosto 5.000.000 de litros de leche para hacer polvo.

El Sr. Cecilio (FEIRACO) dice que eso significaría retirar un 3% de la leche que se produce en Galicia (180.000.000 l/mes); desviar esa leche a polvo, tendría un coste de 0,15 €/l., pero en su opinión, eso permitiría subir el precio de venta 0,02 €/l. aproximadamente. No cree que, al retirar esa leche del mercado, aumentasen en estos momentos las importaciones de producto terminado."

En el acta de la reunión de la Asamblea General de la Asociación de Empresas lácteas de Galicia de fecha 4 de agosto de 2009 se señala (folio 613):

"4. Excedentes de leche y posibles acuerdos para su control

El Sr. Camilo pregunta si es posible trabajar para tener un control de los excedentes o no.

El Sr. Cecilio propone hacer un cuadro de quien recoge la leche en Galicia.

Es partidario de cualquier pacto, pero es necesario proponer uno.

Hay que tener cuidado con regular los excedentes en Galicia y que al mismo tiempo se siga importando leche.

Sería bueno sentar a los comerciales para establecer un precio de venta y al mismo tiempo establecer un acuerdo para controlar los excedentes.

El Sr. Cipriano (PULEVA) propone iniciar una línea de trabajo con aquellas empresas que tienen más capacidad de decisión para poder establecer un acuerdo sobre los excedentes."

Un día más tarde, con fecha 5 de agosto de 2009, se acredita el envío de un correo electrónico de D. Damaso (Presidente de AELGA) a LECHE RÍO, LECHE CELTA Y PASCUAL (folios 614 a 616), con el asunto "EXCEDENTES".

"Después de la reunión de ayer y de cara a intentar trabajar en la búsqueda de alguna solución te agradecería me diceses tu opinión respecto a los excedentes (entendemos inicialmente por excedentes los litros de leche que se están vendiendo a precios marginales). Nº de litros aproximados, localización, vendedor, y no sé si procede, empresa que los está comprando".

En respuesta al mismo, LECHE CELTA indica volumen de litros, proveedor y datos de los compradores (folio 616).

Por su parte, LECHE PASCUAL indica lo siguiente (folio 615):

"(...) En este momento no estoy vendiendo leche a terceros, pero en primavera si lo sufrimos.

Tener un sistema común de regulación es muy interesante y necesario. (...)"

Además, la resolución recurrida se emite, en orden a tener por acreditada la participación de AELGA en la conducta sancionada al contenido del Acta de la reunión de la Asamblea General de AELGA celebrada el 7 de mayo de 2009 (folios 606-610) en la que se recoge lo siguiente:



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

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

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

Pues bien, a la vista de los hechos expuestos ha quedado acreditado la existencia de intercambios de información comercial sensible (precios) y sobre excedentes con la manifestada intención de llegar a acuerdos en el seno de AELGA, y que tendrían aptitud para incidir en el mercado de aprovisionamiento de leche cruda de vaca, al menos en los años 2008 y 2009. En consecuencia, ha quedado probado que la AELGA actuó como facilitadora para que los intercambios de información tuvieran también lugar, con conocimiento de los asuntos tratados en el seno de sus reuniones, incluso con la participación activa de su presidente(correo electrónico de D. Damaso (Presidente de AELGA) a LECHE RÍO, LECHE CELTA Y PASCUAL (folios 614 a 616), con conocimiento de su posible ilicitud.

Por lo demás cumple manifestar que, como se explica en la resolución recurrida, la información sobre excedentes resulta ser especialmente estratégica para las empresas, toda vez que a través de la conversión de los mismos en leche en polvo, o regulando la cantidad de leche existente en el mercado, se condiciona el mercado de aprovisionamiento de leche cruda de vaca, y particularmente, los precios pagados al ganadero, en tanto en cuanto los precios vienen también determinados por el precio de la leche en polvo y por lo que sucede con el precio de la leche en el mercado aguas abajo. el intercambio de información sobre el control de excedentes. Así las cosas, la propuesta para que, de manera conjunta, se retirara leche del mercado, tiene por objeto, subir el precio final de la leche (o impedir una bajada) de manera que la industria láctea salga beneficiada (folios 596 a 599). Los hechos acreditados al respecto son irrefutables en cuanto al objetivo del acuerdo y los efectos esperados del mismo. Un acuerdo sobre el control de los excedentes, a través de la conversión de los mismos en leche en polvo, o regulando la cantidad de leche existente en el mercado, condiciona el mercado de aprovisionamiento de leche cruda de vaca, y particularmente, los precios pagados al ganadero, en tanto en cuanto los precios vienen también determinados por el precio de la leche en polvo, y por lo que sucede con el precio de la leche en el mercado aguas abajo. El objetivo de aumentar la transparencia en relación con parámetros tan importantes como los señalados (precios, ganaderos y excedentes) es tener pleno conocimiento de las estrategias del resto de competidores, y ello les permite coordinar sus comportamientos, eliminar la presión competitiva y condicionar el comportamiento del segmento de la producción, al no haber incentivos, ni siquiera posibilidades, para competir por los clientes.

A lo dicho cabe añadir que el conocimiento por parte de las empresas de las estrategias de precios y excedentes del resto de competidores, ha reducido la incertidumbre en el mercado, ha permitido a las empresas adaptar su política empresarial a la de sus competidores y probablemente ha facilitado que las empresas pudiesen llevar a cabo una estrategia consistente en la coordinación de precios y en la cesión de ganaderos, integrando la infracción prevista en los artículos 1 LDC y artículo 101 del TFUE, que prohíben todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional.

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

"El examen de las conductas a la luz de la jurisprudencia citada permite concluir que nos encontramos ante la existencia de una infracción única y continuada, al poder identificarse diversos elementos de unidad de actuación y finalidad. En lo que se refiere a la duración, los primeros hechos acreditados en los que se aprecia un intercambio de información ilícito datan del año 2000 y se habrían extendido, al menos, hasta el año 2013. El objetivo común que han perseguido las empresas a través de las conductas descritas no es otro que el de controlar el mercado de aprovisionamiento de leche cruda de vaca durante el periodo infractor. El principal mecanismo utilizado para ejercer tal control frente a la industria ganadera ha sido el intercambio de información entre las empresas, que les ha permitido eliminar la incertidumbre competitiva en el mercado y probablemente les ha permitido adoptar políticas conjuntas y coordinadas para mantener el poder frente a los ganaderos. En este sentido, los hechos ponen de manifiesto comportamientos coordinados en la aplicación de precios, en el intercambio de ganaderos y en la gestión de excedentes de leche. El intercambio de información sobre ganaderos no tiene más lógica económica que la de tener controlada la cesión de ganaderos entre empresas



para asegurarse no tener que negociar precios con ellos (por ejemplo, subidas de precios al intentar captarlo). Por tanto, el reparto de fuentes de aprovisionamiento es un elemento más de la infracción cuyo objeto es el control del mercado de aprovisionamiento de leche cruda de vaca, que se materializa en la dificultad del ganadero para cambiar de comprador, tal como ha denunciado la propia UPA (Unions Agraries) e igualmente 68

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

Pues bien, a la vista de lo expuesto y de las pruebas e indicios acopiados, debemos convenir con la resolución recurrida en que existen pruebas suficientes que acreditan el conocimiento de ALEGA y su participación en la organización y funcionamiento del cartel, habiendo quedado probada su colaboración en intercambio de información comercial sensible, en materia de precios y control de excedentes, incardinable en el plan común descrito en la resolución recurrida, siendo irrelevante que su intervención haya quedado circunscrita a un ámbito geográfico y solo en algunos de los comportamientos descritos y en un concreto periodo temporal. Avala esta afirmación la correlación entre los sujetos intervinientes en las conductas investigadas, ya que todas las empresas han participado, en mayor o menor medida, en una o varias de las conductas anticompetitivas, y ello con independencia del "foro" en el que se han producido los contactos. Las empresas eran coincidentes, y la naturaleza y contenido de los contactos perseguían la misma finalidad, esto es, el control del mercado de aprovisionamiento de leche cruda de vaca. También la coincidencia temporal entre las diversas conductas, con independencia, de la intensidad de participación de cada una de las empresas en las mismas.

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

NOVENO.- Si guiendo con el examen de los motivos de impugnación, denuncia la parte recurrente la vulneración del principio ne bis in idem por cuanto que se imputa a la AELGA una conducta realizada en el seno de la asociación pero de la que también se ha responsabilizado a algunas empresas miembros de la AELGA, sin justificar que la AELGA haya desempeñado una actuación propia y diferenciada de sus empresas miembros en relación a esas conductas, tal como exige la jurisprudencia y la propia práctica administrativa de la CNMC para poder sancionar conjuntamente a una asociación y a sus miembros. Reitera que las conductas imputadas a la AELGA se refieren a dos contactos sobre precios y condiciones comerciales y dos contactos sobre excedentes y que, aunque ninguno de estos contactos es contrario a la normativa de competencia la AELGA no ha desempeñado ninguna actividad propia y diferenciada en ellos porque AELGA no ha adoptado ningún acuerdo, decisión o recomendación dirigida a sus miembros, ni lo ha impulsado, coordinado o supervisado. Añade que la Dirección de Competencia sólo ha imputado a alguno o algunos asociados de AELGA en relación a cada contacto supuestamente anticompetitivo y no al resto, con lo que no se entiende que se les pueda sancionar indirectamente por su pertenencia a la asociación cuando la propia Dirección de Competencia ha establecido que no han tenido ninguna participación en dichas conductas y que la AELGA no ha desempeñado ninguna actuación propia y diferenciada en ninguno de los contactos identificados en resolución.

Aduce que el primer contacto sobre precios, fechado en 2009, se refiere a la reflexión unilateral, anecdótica y sin información comercialmente sensible de un representante de una empresa en una reunión de la asociación sobre su intención de tener en cuenta en sus precios de aprovisionamiento la cantidad destinada a la producción de leche en polvo, que no deja de ser una obviedad en este mercado sin ninguna relevancia a efectos de transparencia en el mercado.



Que el segundo contacto sobre precios, fechado el 13 de octubre de 2011, se refiere a la preparación de una reunión convocada por la Consejería de Agricultura ese mismo día y se limitó a la transmisión de datos del FEGA sobre evolución de precios hasta agosto 2011 extrapolados hasta diciembre 2011, una estimación "ficticia" destinada a alegrar "los oídos" de la Administración y sin ninguna relevancia a efectos de transparencia en el mercado.

Por lo que se refiere a los dos contactos sobre excedentes coyunturales, explica que en el primero sólo se produjo una reflexión entre dos empresas sin ninguna participación de la AELGA y en el segundo el coordinador de AELGA se limitó a enviar de forma separada tres correos electrónicos con unas preguntas de cuyo contenido no estaba seguro, recibir dos respuestas genéricas y no darles ningún seguimiento ni compartirlas en el seno de la AELGA.

Dicho lo anterior, concluye que los requisitos exigidos por la jurisprudencia europea y la práctica administrativa de la propia CNMC para imputar responsabilidades separadas a asociaciones y sus miembros no concurren en la conducta de la AELGA y que, de hecho, cabe hablar de una ausencia de conducta de la asociación.

Pues bien, para dar respuesta a este motivo de impugnación, debemos reiterar que ha quedado acreditada la participación de la recurrente en el cártel sin que sus explicaciones resulten plausibles a la vista de la prueba obrante en autos.

Por lo demás, conviene recordar que el TJUE ha confirmado la vigencia del principio non bis in ídem en los procedimientos para la imposición de multas en el ámbito del Derecho de la competencia. Así, en la Sentencias de 15 de octubre de 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij en los asuntos C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P y C-254/99 P, Rec. p. I-8375, apartado 59 (conocido como el asunto PVC II). En la Sentencia de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland, en los asuntos C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, el Tribunal declaró que, *"la aplicación de este principio está supeditada a un triple requisito de identidad de los hechos, unidad de infractor y unidad de interés jurídico protegido. El citado principio prohíbe, por tanto, sancionar a una misma persona más de una vez por un mismo comportamiento ilícito con el fin de proteger el mismo bien jurídico"*.

Y según el Tribunal de Justicia en el asunto C-17/10 Toshiba, *"dicho principio prohíbe, en materia de competencia, que se condene o se inicie de nuevo un procedimiento sancionador de nuevo contra una empresa por un comportamiento contrario a la competencia a causa del cual ya ha sido sancionada o del que se la ha declarado no responsable mediante una decisión anterior que ya no puede ser objeto de recurso."* (asimismo, la Sentencia de 17 de octubre de 2017 Marine Harvest ASA, asunto T-T-704/14).

Por su parte, el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia sobre el principio ne bis in ídem desde la STC 2/1981, ha establecido que debe ser considerado como parte integrante del derecho fundamental al principio de legalidad en materia penal y sancionadora (art. 25.1 C.E .).

En el fundamento jurídico 4. de aquella Sentencia se declaró que *« El principio general de derecho conocido por non bis in ídem supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración -relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.- que justificase el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración »*.

Posteriormente, en la STC 159/1987 (fundamento jurídico 3.), se declaró que dicho principio impide que, a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente la misma conducta, pues *« semejante posibilidad entrañaría, en efecto, una inadmisibles reiteración en el ejercicio del ius puniendi del Estado e, inseparablemente, una abierta contradicción con el mismo derecho a la presunción de inocencia, porque la coexistencia de dos procedimientos sancionadores para un determinado ilícito deja abierta la posibilidad, contraria a aquel derecho, de que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, existan y dejen de existir para los órganos del Estado (Sentencia 77/1983, de 3 de octubre , fundamento jurídico 4 .)»*.

El primordial enfoque de este principio es el sustantivo o material, que es el que cumple la función garantizadora que se halla en la base del derecho fundamental en juego y se orienta a evitar que el sujeto afectado reciba una doble sanción por unos mismos hechos, cuando existe idéntico fundamento para el reproche penal y el administrativo, o entre dos sanciones administrativas, y no media una relación de sujeción especial del ciudadano con la Administración.

Aplicando la doctrina jurisprudencial expuesta al caso examinado debemos concluir que no apreciamos la vulneración del principio examinado por cuanto que no concurre la triple identidad requerida ya que la Asociación recurrente ha sido sancionada en concepto de "facilitadora" de las conductas sancionadas y por tanto, por su propio comportamiento, del que es responsable al menos a título de culpa in vigilando, por cuanto



contribuyó activamente y con total conocimiento de causa a la puesta en marcha o al mantenimiento de la infracción por la que finalmente ha sido sancionada y a sabiendas de su ilicitud ya que conoció o pudo conocer el carácter anticompetitivo de los temas tratados en sus reuniones y no se apartó expresamente de ellos ni advertido de la posible ilicitud de los asuntos tratados en su seno.

Por lo que se refiere a la posibilidad de sancionar a la Asociación con independencia de sus asociados, interesa recordar la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, sección 3, del 19 de octubre de 2018 (ROJ: STS 3622/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3622) que, dando respuesta a las cuestiones de interés casacional planteadas en el Auto de admisión, procede a fijar como doctrina jurisprudencial que las asociaciones, incluidas las de empresarios autónomos, están sujetas a las normas de defensa de la competencia y, por lo tanto, sus conductas pueden ser sancionadas conforme a dicha normativa y que la conducta prohibida puede ser realizada por cualquier agente económico, entendido en un sentido amplio. Y añade que, sin perjuicio de las singularidades concretas de cada caso, cabe entender que la protección dispensada por el derecho de asociación no abarca las conductas, incluso las adoptadas en defensa de los intereses profesionales de sus asociados, cuando por su contenido, por quien la efectúa y por su difusión, tienen por objeto propiciar una pauta común de comportamiento por parte de los asociados que pueda considerarse contrario a la competencia, que es lo acontecido en el caso ahora examinado en el que sanciona a AELGA como facilitadora del cartel, favoreciendo y auspiciando los intercambios de información entre empresas de forma activa y con total conocimiento de causa

DÉCIMO.-Re specto de la cuantificación de la sanción, se denuncia la infracción de los artículos 131 de LPA y 6 de la Carta, en relación el artículo 64.1 de la LDC, la vulneración del principio de proporcionalidad y falta motivación del cálculo de la cuantía, el cambio de tipo sancionador individual y el nulo efecto de la conducta individual de AELAGA.

Pues bien, la Resolución recurrida fundamenta la sanción impuesta a la AELGA en los siguientes términos:

" Por su parte a la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS LÁCTEAS DE GALICIA y (...) actuaron como facilitadores de la conducta para que los intercambios de información tuvieran lugar, ya que ha quedado acreditada la existencia de contactos y reuniones en el seno de las mismas. Ambas asociaciones tenían conocimiento de los temas tratados en estas reuniones, pudiendo haberse distanciado o advertido de la posible ilicitud de las conductas que se estaban llevando a cabo.

La ASOCIACIÓN DE EMPRESAS LÁCTEAS DE GALICIA participó en la conducta entre agosto de 2008 y agosto de 2009, (...)

Por todo lo anterior, procede imponer una multa de 60.000 euros a la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS LÁCTEAS DE GALICIA".

Recordemos que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley de Defensa de la Competencia, el volumen de negocios total de las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas se determinará tomando en consideración el volumen de negocios total mundial de sus miembros, salvo cuando en el mismo expediente se sancione tanto a empresas asociadas como a la asociación a la que pertenecen. En este caso, para la determinación del volumen de negocios total de las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas no se computará el volumen de negocios total mundial de las empresas asociadas que hayan sido sancionadas en el mismo expediente.

Y añade en su apartado 3 que *" En caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios a que se refiere el apartado 1, las infracciones tipificadas en la presente ley serán sancionadas en los términos siguientes:*

- a) Las infracciones leves con multa de 100.000 a 500.000 euros.*
- b) Las infracciones graves con multa de 500.001 hasta 10 millones de euros.*
- c) Las infracciones muy graves con multa de más de 10 millones de euros."*

Como nos enseña la Sentencia del Tribunal Supremo antes citada , del 19 de octubre de 2018 (ROJ: STS 3622/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3622), las asociaciones tienen un carácter instrumental al servicio de sus asociados, por lo que su volumen o cifra de negocios suele expresar su relevancia económica en el mercado. De ahí que el legislador haya considerado idóneo acudir al volumen de negocios de sus miembros para determinar con la mayor precisión posible el potencial económico de la asociación y, por tanto, el alcance y la magnitud de las conductas restrictivas de la competencia realizada por la entidad. Como ya se recoge en la Sentencia del Alto Tribunal de nº 482/2018, de 21 de marzo de 2018 (rec. 2653/2015, el objetivo que persigue la previsión recogida en el artículo 63 de la LDC , al determinar el volumen de negocios de las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas a efectos de fijar el quantum de la sanción, es el de procurar que las sanciones que se les impongan por infracción de las normas de competencia tengan un carácter disuasorio, de modo



que guarden relación con la naturaleza de la conducta infractora y la responsabilidad del sujeto infractor, atendiendo al grado de participación o implicación directa de la asociación en la comisión de la infracción y al reflejo que se produzca en las actividades de los miembros.

En este sentido, la Sentencia de la Sala 3º del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 (RC 2872/2013), sostuvo que *"en el supuesto de las infracciones del Derecho de la Competencia cometidas por asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas, el volumen total de negocios de las empresas asociadas (y no el volumen de negocios propio de la asociación) resulta determinante, según el designio del legislador estatal, para fijar el quantum de la sanción pecuniaria, para asegurar sus efectos disuasorios, en cuanto resulte indicativo de la capacidad del sujeto infractor para incidir en la actividad de sus miembros y de su potencial para influir en el mercado."*

Así las cosas, debemos concluir que, en el caso ahora examinado, la sanción impuesta a la recurrente carece de motivación por cuanto que omite toda referencia al artículo 63 de la LDC sin que tampoco se hayan explicitado las razones por las que no ha atendido a lo en el preceptuado para la cuantificación de la sanción.

Dicho lo anterior, debemos también recordar que la motivación constituye una garantía esencial para el administrado mediante la cual es posible comprobar que la decisión judicial es consecuencia de la aplicación razonada del ordenamiento jurídico y no el fruto de la arbitrariedad, proscrita por el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, afirmado el carácter anticompetitivo de la conducta sancionada y, acreditada la infracción por la que ha sido sancionada la Asociación recurrente, la estimación del presente recurso ha de ser parcial, a los solos efectos de declarar la nulidad de la sanción impuesta por falta de motivación.

UNDÉCIMO. - No procede hacer pronunciamiento sobre el pago de costas procesales.

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

FALLAMOS

Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación **LA ASOCIACIÓN DE EMPRESAS LÁCTEAS DE GALICIA, (AELGA)**, contra la resolución de 11 de Julio de 2019 dictada por la Sala de Competencia del Consejo de Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en el expediente NUM000 en los términos expuestos en el último párrafo del Fundamento de Derecho Décimo de la presente Resolución, a los efectos de anular la sanción impuesta a la recurrente. Sin 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.