



Roj: **SAN 591/2024 - ECLI:ES:AN:2024:591**

Id Cendoj: **28079230062024100066**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **14/02/2024**

Nº de Recurso: **2268/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0002268 /2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 14135/2019

Demandante: SCHREIBER FOODS ESPAÑA, S.L.

Procurador: D. ALBERTO HIDALGO MARTINEZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Codemandado: UNIONS AGRARIAS-UPA, SOCIEDAD AGRARIA DE TRANSFORMACION GANADERA SAN ANTON , SOCIEDAD AGRARIA DE TRANSFORMACIÓN (OSSAT)

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. RAMÓN CASTILLO BADAL

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 catorce de febrero de dos mil veinticuatro.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 2268/19 promovido por el Procurador D. Alberto Hidalgo Martínez, en nombre y representación de **SCHREIBER FOODS ESPAÑA S.L.**, antes SENOBLE IBÉRICA SL contra la resolución de 11 de julio de 2019, dictada por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia por la que se le impone una sanción de 929.644 euros de multa, por la infracción de los artículos 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por la comisión de una infracción única y continuada consistente en un intercambio de información entre las industrias lácteas sobre ganaderos, en 2013.

Habiendo sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

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 de ésta Sala, se dicte sentencia por la que se acuerde estimar el presente recurso Contencioso- Administrativo y en consecuencia :

" Anule íntegramente la Resolución Impugnada.

(ii) Subsidiariamente, anule parcialmente la Resolución Impugnada en lo que se refiere a la atribución de responsabilidad a SCHREIBER y, consecuentemente, a la imposición de una sanción a SCHREIBER.

(iii) Subsidiariamente, anule parcialmente la Resolución Impugnada en el sentido de exonerar a SCHREIBER de su participación en la infracción anticompetitiva "única y continuada", y declare, de conformidad con el artículo 5 de la LDC , que la conducta imputada a SCHREIBER es de escasa importancia y, por lo tanto, excluya su responsabilidad y, consecuentemente, la imposición de sanción.

(iv) Subsidiariamente, anule parcialmente la Resolución Impugnada en el sentido de exonerar a SCHREIBER de su participación en la infracción anticompetitiva "única y continuada", y declare que sólo se ha acreditado una infracción anticompetitiva entre SENOBLE y CELEGA consistente en intercambios de información, limitada a los ganaderos de SAT SAN ANTÓN, entre septiembre y noviembre de 2013 o, subsidiariamente, en 2013.

(v) Adicionalmente, y en todo caso, anule parcialmente la Resolución Impugnada en lo que se refiere a la acreditación de una infracción de los artículos 1 de la LDC 1989 , 1 de la LDC 2007 y 101 del TFUE "por el efecto".

(vi) Subsidiariamente, y en su caso, anule parcialmente la Resolución Impugnada en lo referido a la imposición de las sanciones y ordene a la CNMC que proceda a dictar una nueva resolución, en el sentido de motivar debidamente la determinación del tipo sancionador general y/o el tipo sancionador individual.

(vii) Subsidiaria y adicionalmente a la pretensión (vi) anterior, anule parcialmente la Resolución Impugnada en lo referido a la imposición de sanción a SCHREIBER y reduzca directamente la cuantía de la multa en atención a los artículos 64.1 y 64.3 LDC , o, alternativamente, ordene a la CNMC que proceda a recalcularla en fase de ejecución.

(viii) Como consecuencia de la estimación de cualquiera de las anteriores pretensiones (i) a (vii), ordene a la CNMC la publicación de la sentencia total o parcialmente estimatoria y de una nota de prensa relativa a la misma en el sitio web <www.cnmc.es> de la misma manera y forma en que se ha hecho pública la Resolución impugnada, con el fin de reparar el daño reputacional causado a SCHREIBER FOODS ESPAÑA, S.L.

(ix) Imponga a la Administración demandada (la CNMC) y a la codemandada (UNIÓN AGRARIAS-UPA) las costas devengadas en el presente proceso."

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmase el acto recurrido en todos sus extremos.

TERCERO.- La Procuradora D^a María José Bueno Ramírez, en nombre y representación de la entidad SAT San Anton contestó la demanda solicitando *" se dicte Sentencia desestimando el recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada con expresa imposición de costas a la recurrente".*

Asimismo , el Procurador D. Ignacio Tartón Ramírez, en nombre y representación de la entidad O, Seixo, Sociedad agraria de Transformación (OSSAT) contestó la demanda solicitando *" se dicte Sentencia desestimando el recurso y confirmando consecuentemente la resolución impugnada con imposición de costas a la recurrente".*

CUARTO.- Mediante auto de 29 de mayo de 2023, se tuvo por contestada la demanda por el Abogado del Estado, por SAT ANTON y por OSSAT se fijó la cuantía del recurso en 929.644 euros, se tuvieron por reproducidos los documentos obrantes en el expediente administrativo, por unidos los documentos aportados con los escritos de demanda y contestación, se fijó día para la ratificación de la prueba pericial que se llevó a cabo y se concedió plazo a las partes para que presentaran sus respectivos escritos de conclusiones.

QUINTO.- Una vez presentados los respectivos escritos de conclusiones por las partes quedaron los autos conclusos para sentencia.

Seguidamente, mediante providencia de 10 de noviembre de 2023, se acordó señalar para votación y fallo del recurso el día 22 de noviembre de 2023, en que tuvo lugar, si bien la deliberación se prolongó en sesiones sucesivas.

Siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Ramón Castillo Badal, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso administrativo impugna la entidad actora la resolución de 11 de julio de 2019, dictada por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia por la que se la impone una sanción de 929.644 € de multa por la infracción de los artículos 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por la comisión de una infracción única y continuada consistente en un intercambio de información entre las industrias lácteas sobre ganaderos, en 2013.

La parte dispositiva de dicha resolución, recaída en el expediente " NUM000 ," 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. Declarar responsables de las citadas infracciones a las siguientes empresas:

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

Tercero. De conformidad con la responsabilidad de cada empresa en la infracción a la que se refiere el resuelve anterior, proceden las siguientes sanciones:

1. CALIDAD PASCUAL, S.A.: 8.560.363 euros
2. CENTRAL LECHERA DE GALICIA (CELEGA, S.L.): 53.310 euros
3. CORPORACION ALIMENTARIA PEÑASANTA, S.A.: 21.864.645 euros
4. DANONE, S.A.: 20.277.100 euros
5. GRUPO LACTALIS IBERIA, S.A.: 11.692.998 euros
6. NESTLÉ ESPAÑA, S.A.: 6.860.000 euros
7. INDUSTRIAS LÁCTEAS DE GRANADA, S.L.U.: 10.269.557 euros
8. SCHREIBER FOOD ESPAÑA, S.L.: 929.644 euros
9. ASOCIACIÓN DE EMPRESAS LÁCTEAS DE GALICIA: 60.000 euros
10. GREMIO DE INDUSTRIAS LÁCTEAS DE CATALUÑA: 90.000 euros

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

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

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

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

Como antecedentes que precedieron al dictado de dicha resolución, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, merecen destacarse los siguientes:

1. Con fecha 8 de marzo de 2011, tuvo entrada en la antigua Dirección de Investigación de la CNC un informe titulado "Estudio sobre el Sector de Leche Cruda en Castilla y León", remitido por el Servicio para la Defensa de la Competencia de Castilla y León, en el que se pone de manifiesto la posible existencia de diversas conductas llevadas a cabo en el mercado de leche cruda susceptibles de constituir una infracción de la LDC, en particular, relativas a la recogida de leche cruda de vaca y a la determinación de su precio.
2. El día 16 de septiembre de 2011, tuvo entrada en la Dirección de Investigación una denuncia formulada por la Unions Agrarias - UPA contra las empresas transformadoras de leche en Galicia y empresas distribuidoras de leche, haciendo particular mención a la dificultad de encontrar empresas alternativas a las que entregar la leche.
3. A raíz de los hechos descritos anteriormente, la Dirección de Investigación, inició una información reservada, con el fin de determinar la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación del expediente sancionador.
4. Los días 11 y 12 de julio de 2012, se llevaron a cabo inspecciones domiciliarias simultáneas en las sedes de las empresas GRUPO LACTALIS IBERIA S.A., la COOPERATIVA AGRÍCOLA Y GANADERA DEL PIRINEO SCCL, EL BUEN PASTOR S.L., NESTLÉ ESPAÑA, S.A., y de las asociaciones regionales ASOCIACIÓN DE EMPRESAS LÁCTEAS DE GALICIA y la ASOCIACIÓN REGIONAL DE INDUSTRIAS LÁCTEAS EN CANTABRIA.
5. A la vista de la información obtenida en las inspecciones domiciliarias, la DI acordó, con fecha 23 de julio de 2012, incoar procedimiento sancionador contra el GRUPO LACTALIS IBERIA S.A.; la CORPORACION ALIMENTARIA PEÑASANTA S.A.; DANONE S.A.; PULEVA FOOD S.L.; el GRUPO LECHE PASCUAL S.A.; NESTLÉ ESPAÑA, S.A.; la COOPERATIVA AGRÍCOLA Y GANADERA DEL PIRINEO SCCL; el GREMIO DE INDUSTRIAS LÁCTEAS DE CATALUÑA; y la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS LÁCTEAS DE GALICIA, por presuntas prácticas prohibidas en el artículo 1 de la Ley 16/1989 y de la LDC, consistentes en la realización de intercambios de información y/o acuerdos para el reparto de mercado y la fijación de condiciones comerciales, en el mercado de aprovisionamiento de leche cruda de vaca.
6. Con fecha 5 de marzo de 2014, se acordó ampliar la incoación del expediente sancionador a las empresas INDUSTRIAS LÁCTEAS ASTURIANAS, S.A.; FORLACTARIA OPERADORES LECHEROS, S.A.; CENTRAL LECHERA ASTURIANA, S.A.; GRUPO LECHE RÍO, S.A.; CENTRAL LECHERA DE GALICIA, S.L.; SENOBLE IBERICA, S.L.; LECHE CELTA, S.L., y FEIRACO LÁCTEOS, S.L.
7. Tras llevar a cabo los actos de instrucción necesarios, la DC elaboró, con fecha 18 de marzo de 2014, el Pliego de Concreción de Hechos y lo notificó a las partes, para que pudieran alegar cuanto estimasen conveniente y propusieran las pruebas que considerasen pertinentes.
8. El PCH fue subsanado con fecha 24 de abril de 2014, al advertirse una serie de errores en relación con la responsabilidad de cada una de las siguientes empresas: PULEVA FOOD S.L.; CORPORACION ALIMENTARIA PEÑASANTA S.A.; DANONE S.A.; CALIDAD PASCUAL; NESTLÉ ESPAÑA, S.A.; GREMIO DE INDUSTRIAS LÁCTEAS DE CATALUÑA, y ASOCIACIÓN DE EMPRESAS LÁCTEAS DE GALICIA.
9. NESTLÉ presentó recurso administrativo contra el acuerdo de subsanación del PCH que fue desestimado por la CNMC el 31 de julio de 2014.

La citada resolución fue recurrida por NESTLÉ ante la Audiencia Nacional.

10. La Sala de Competencia resolvió el procedimiento sancionador mediante resolución de 26 de febrero de 2015. En ella se 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 y se sancionó a las empresas y asociaciones según la responsabilidad de cada una de ellas.

11. Mediante sentencia de 11 de julio de 2016, la Audiencia Nacional estimó parcialmente el recurso judicial presentado por NESTLÉ y anuló en parte la citada resolución, ordenando la retroacción del procedimiento al momento inmediatamente anterior a la adopción del acuerdo de subsanación de errores de 24 de abril de 2014.

El 24 de julio de 2018, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo falló que no había lugar al recurso de casación interpuesto por la CNMC contra la sentencia de la Audiencia Nacional anteriormente mencionada de 11 de julio de 2016 (sentencia 1356/2018). El testimonio de firmeza de esta sentencia fue notificado a la CNMC el 16 de octubre de 2018.

La Audiencia Nacional dictó sentencia en todos los recursos contencioso-administrativos interpuestos por las once sociedades sancionadas por el Consejo de la CNMC el 26 de febrero de 2015, estimando en parte las pretensiones de las recurrentes y ordenando la retroacción del procedimiento correspondiente al expediente

sancionador S/0425/12 seguido ante la CNMC, al momento inmediatamente anterior a la adopción del acuerdo de 24 de abril de 2014, debiendo continuar el mismo por los trámites procedentes.

12. Con fecha 12 de noviembre de 2018, la Dirección de Competencia acordó la reanudación del expediente sancionador NUM000 en ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2018, así como de todas las sentencias de la Audiencia Nacional referidas de 20 y 28 de septiembre, 18, 24 y 25 de octubre y 2 de noviembre de 2018 en el marco del mismo expediente sancionador, retomando las actuaciones pertinentes frente a todos los incoados e interesados en dicho expediente en el momento inmediatamente anterior al acuerdo de 24 de abril de 2014, por el que se subsanaban y corregían errores en el PCH de fecha 18 de marzo de 2014.

El citado acuerdo estableció que el plazo restante para la caducidad del expediente desde el día 23 de abril de 2014, momento inmediatamente anterior al acuerdo de rectificación de errores de 24 de abril de 2014, sería de 6 meses y 14 días. Este plazo se computa a partir de la fecha del acuerdo de reanudación, es decir el 12 de noviembre de 2018.

13. Con fecha 21 de diciembre de 2018, se adoptó la propuesta de resolución del procedimiento que fue notificada a las partes para que presentaran las alegaciones que estimasen oportunas.

14. A la vista de los recursos interpuestos contra la propuesta de resolución, el día 8 de enero de 2019 se acordó suspender el plazo máximo de resolución del procedimiento hasta la resolución de los citados recursos administrativos. El plazo fue reanudado el día 25 de enero de 2019.

15. Con fecha 5 de febrero de 2019, se elevó la propuesta de resolución a la Sala de Competencia de la CNMC.

16. Con fecha 30 de abril de 2019, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó la remisión de información a la Comisión Europea. Asimismo, se acordó suspender el plazo para resolver el procedimiento sancionador hasta que se diera respuesta por la Comisión Europea a la información remitida o transcurriera el término del plazo a que hace referencia el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n° 1/2003. El plazo de suspensión fue levantado mediante acuerdo de fecha 30 de mayo de 2019.

17. Con fecha 30 de mayo de 2019, la Sala de Competencia de la CNMC acordó requerir a las empresas el volumen de negocios correspondiente al año 2018. El plazo máximo para resolver el procedimiento quedó suspendido en aplicación del artículo 37.1 a) de la LDC siendo levantado el plazo de suspensión mediante acuerdo de fecha 21 de junio de 2019.

18. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 11 de julio de 2019.

SEGUNDO.- En cuanto a los hechos determinantes del acuerdo sancionador, en la resolución recurrida se describe a la entidad actora, SENOBLE IBÉRICA S.L. (en la actualidad, SCHREIBER FOOD ESPAÑA S.L.) (SENOBLE).

SENOBLE IBÉRICA fue filial del grupo francés SENOBLE, cuya implantación en España se produjo en 2002. Producía productos lácteos, también para MERCADONA, y era la empresa líder en Portugal, dentro de su categoría. En el año 2015 fue adquirida por la empresa SCHREIBER EUROPE, S.L. y SENOBLE pasó a denominarse SCHREIBER FOOD ESPAÑA S.L.

TERCERO.- Con carácter general, la resolución recurrida describe el mercado de producto objeto del expediente sancionador incoado como el de aprovisionamiento de leche de vaca cruda, entendida como tal aquella leche que no haya sido calentada a más de 40° C ni sometida a un tratamiento de efecto equivalente.

Precisa 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).

En cuanto al mercado geográfico, considera que las prácticas objeto de este expediente pueden tener un apreciable efecto en el comercio entre los Estados miembros ya que la leche de vaca cruda es la materia prima que las industrias lácteas posteriormente transforman en productos lácteos, que se comercializan también fuera de nuestro país. Incluso la leche de vaca en estado líquido y antes de transformar es objeto de importaciones y exportaciones.

Por esa razón y teniendo en cuenta la dimensión del mercado de aprovisionamiento de leche cruda de vaca afectado por las prácticas anticompetitiva, y el impacto en su estructura, así como la posición y los ingresos de las empresas investigadas en la comercialización de productos lácteos, entiende la resolución recurrida que las prácticas analizadas han supuesto también una infracción del artículo 101 del TFUE.

Explica la resolución recurrida la estructura del mercado de leche de vaca definiendo en primer lugar a los operadores en el mercado (productor, comprador, operador logístico, industriales, cooperativas, etc).

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.

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.

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

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.

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.

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.

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

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

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.

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.

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.

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 periodo, 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, ésta 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.

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.

Explica la resolución recurrida que la industria ganadera comunicó ya en 2011 a las autoridades autonómicas de competencia (Galicia, Castilla y León y Cataluña) la existencia de prácticas anticompetitivas en el mercado de leche cruda por el gran poder negociador que ostenta la industria transformadora.

Estas conductas, coincidentes además en los tres informes, estarían 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.

CUARTO.- La investigación realizada por la CNMC permitió acreditar, según la resolución recurrida, la existencia de intercambios de información (cuyo contenido describe) sobre precios y otras condiciones comerciales, entre empresas competidoras del sector lácteo, contactos sobre precios y otras condiciones comerciales por parte de las empresas que conforman el denominado grupo G-4/G-5, es decir, las empresas más relevantes en el sector lácteo (LACTALIS/PULEVA, DANONE, PASCUAL y CAPSA), contactos sobre precios y otras condiciones comerciales a través de las asociaciones GIL y AELGA, las más representativas del sector lácteo, contactos sobre ganaderos con el fin de informar o acordar estrategias sobre estos e intercambios de información sobre excedentes de leche con la intención de llegar a acuerdos para la gestión de excedentes, producidos en el seno de AELGA.

La resolución recurrida se refiere específicamente a la actora para relatar que respecto de SCHREIBER FOOD ESPAÑA S.L (antes SENOBLE IBÉRICA S.L.) consta acreditada su participación en el intercambio de información entre las industrias lácteas sobre ganaderos, en 2013 (folios 9.490 a 9.494).

En particular, expone que en el año 2013 se ha acreditado la existencia de una oferta realizada por SENOBLE a SAT SAN ANTÓN para que el ganadero suministrara leche primero a CELEGA por unos meses a un determinado precio, y con posterioridad, los meses siguientes, a SENOBLE (folios 9490 a 9494).

En correo electrónico de (dato personal) de SENOBLE a SAT SAN ANTÓN, con el asunto "RE: Propuesta" se recoge (folio 9491):

"Co nfirmación de lo propuesto con matización sobre las calidades, que afecta al valor diferencial de la Grasa y Proteína. 1-Oferta de 6 meses - hasta 31/03/2014 - consistiría en que mis socios vendan su leche cruda a Celega durante 6 meses a un precio de [...]46 euros/1000 litros para los 3 últimos meses de 2013 y a [...] euros/1000 litros para los 3 primeros meses de 2014, con la excepción de que, si una vez conocido el precio medio del Fega, respecto a Navarra para este mismo periodo, este supera 390 euros/1000 litros en el cómputo de la media de dicho periodo, Celega abone [...] en vez de los [...] euros/1000 litros, para el 4 1 trimestre 2013 y de euros/1000 litros para el 1º trimestre 2014 pactados hasta igualar dicha media superada.

2- Oferta de 15 meses - hasta 31/12/2014 -consistiría en que mis socios vendan su leche cruda a Celega durante 6 meses y luego a Senoble durante 9 meses a un precio de [...] euros/1000 litros cuando el precio medio del Fega, respecto a Navarra, se sitúa entre 350 y 390 euros/1000 litros, con la excepción de que, cuando dicho precio medio del Fega para Navarra se sitúa por debajo de 350, se abone un mínimo de [...] uros/1000 litros y que, cuando dicha media supera 390 euros/1000 litros, se abone un máximo de [...] euros/1000 litros. (...)"(Subrayado añadido).

De aquí concluye la existencia de una infracción única y continuada consistente en el intercambio de información entre las industrias lácteas sobre ganaderos, en 2013.

QUINTO.- En su demanda, la parte recurrente denuncia, en síntesis, la infracción del principio *non bis in idem* ya que la CNMC debía haber archivado el expediente sancionador tras la anulación de su anterior resolución de 2015.

La existencia de indefensión ya que la CNMC omitió darle traslado para alegaciones acerca de los hechos relevantes para el cálculo de la multa.

Denuncia la vulneración de la presunción de inocencia porque la CNMC no ha acreditado el hecho constitutivo de infracción, es decir, el supuesto intercambio de información entre SENOBLE (ahora SCHREIBER) y CELEGA en 2013.

Debió haber analizado separadamente la concreta infracción imputada a SCHREIBER como parte de la conducta compleja porque dicha conducta individual no era constitutiva de una infracción anticompetitiva por el objeto ni subsidiariamente por el efecto.

Expone que su supuesta participación en intercambios de información sobre ganaderos en 2013 con CELEGA no guarda ninguna identidad de razón con las conductas acreditadas entre 2000 y 2012 y en su caso, debe aplicarse la regla "de minimis" o subsidiariamente, limitarse la infracción de SCHREIBER a los ganaderos de SAT SAN ANTON.

Se ha vulnerado los arts 1 LDCA y 101 TFUE porque una conducta compleja tan heterogénea como la analizada por la CNMC no puede ser constitutiva de una infracción única y continuada por el objeto y tampoco constituye por efecto.

Finalmente, en cuanto a la sanción denuncia la falta de motivación y desproporción de la sanción impuesta.

SEXTO.- El primer motivo sobre la infracción del principio *non bis idem* no puede prosperar.

La sentencia de esta Sala de 11 de julio de 2016, rec.343/2014, tras estimar el recurso contencioso y anular las resoluciones de 31 de julio y 24 de abril de 2014 acordó " *retrotraer el procedimiento correspondiente al expediente sancionador S/0425/12 seguido ante la Comisión Nacional de los Mercados y la competencia al momento inmediatamente anterior al dictado de la referida resolución de 24 de abril de 2014.*" Dicha sentencia que, recordemos, declaró la anulación del acto, es decir, del pliego de concreción de hechos por haberse modificado mediante una corrección de errores rechazó la nulidad de pleno derecho que se pretendía por vulneración absoluta del procedimiento, fue confirmada por la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2018, rec.2665/2016.

Por lo tanto, en ejecución de la sentencia y de conformidad con lo dispuesto en el art. 104.1 LJCA, la CNMC no podía sino retrotraer el procedimiento al momento anterior al acuerdo de 24 de abril de 2014, de subsanación de los errores apreciados en el PCH de 18 de marzo de 2014, que es lo que hizo siguiendo la tramitación oportuna hasta dictar la resolución sancionadora.

Tampoco puede acogerse la alegación relativa a la indefensión por no contener la propuesta de resolución una referencia a la cuantía a imponer. No son aplicables aquí las reglas de la Ley 39/2015, cuya Disposición Transitoria Tercera remite a la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia y a su reglamento. En particular, el art. 34 del Reglamento de Defensa de la Competencia no exige cuando describe el contenido de la propuesta de resolución la concreción de la cuantía de la sanción a imponer y tampoco podría hacerlo, es decir, incluirla en la propuesta de resolución porque es con posterioridad a aquel trámite cuando se ha de requerir por la Sala de Competencia del Consejo a la empresa para que proporcione su volumen de facturación a efectos de calcular el importe de la sanción a imponer.

En todo caso, la Propuesta de resolución sí identifica la infracción como muy grave y conforme al art. 63.1.c) a sancionar con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total mundial de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa, por lo que, a juicio de la Sala, a falta de la concreción de su importe que ha de hacerse en un momento posterior, no se aprecia la indefensión denunciada.

SÉPTIMO.- Denuncia la actora la vulneración del principio de la presunción de inocencia porque la CNMC no ha acreditado el hecho constitutivo de infracción, es decir, el supuesto intercambio de información entre SENOBLE (ahora SCHREIBER) y CELEGA en 2013.

Ahora bien, partiendo de que no se niega la autenticidad del correo remitido por SENOBLE a SAT ANTON es evidente que esa oferta responde a un intercambio previo de información entre SENOBLE y CELEGA que son empresas competidoras.

El correo refleja la oferta que realiza SCHREIBER (antes SENOBLE) al ganadero SAT ANTON para que este suministre leche durante unos meses, primero a CELEGA a un determinado precio y los meses siguientes a SCHREIBER.

Es evidente que los términos de la oferta requieren un intercambio de información y una puesta de acuerdo previa entre SENOBLE y CELEGA que se tuvo que producir con independencia de que no exista en el expediente, como destaca la actora, ningún email directo entre SENOBLE y CELEGA.

A juicio de la Sala, resulta indiferente de quien procediera la iniciativa pues según la actora fue el Gerente de SAT SAN ANTÓN quien se aproximó a CELEGA y a SENOBLE. Así, en el e-mail de 11 de febrero de 2013 (folio 4113) al que hace referencia la demandante, el gerente del SAT señala que *"tal y como hablamos, entiendo que quieres [refiriéndose a la persona de CELEGA a quien dirige el correo] que quedemos con Heraclio [de SENOBLE] (...)"* y lo mismo se señala en otro correo de una semana posterior *"tal y como hablamos ayer sobre la reunión que quieres que mantengamos"*.

Con independencia de que las razones que ofrecen actora y codemandadas no coinciden, la conducta reflejada en el correo que transcribe la resolución sancionadora es claramente anticompetitiva porque la oferta a SAT SAN ANTON es fruto del intercambio de información previo entre dos empresas competidoras y en el contexto del fuerte desequilibrio existente entre ganaderos e industrias lácteas en el mercado de aprovisionamiento de leche cruda consecuencia del sistema de asignación de cuotas.

Y esa conclusión se ve reforzada por el hecho de que SCHREIBER se limita a decir que *"no cabe inferir en absoluto que los contactos tuvieran lugar para acordar estrategias ni que se efectuara mediante ellos un intercambio de información comercialmente sensible sobre ganaderos"* porque no explica de forma convincente la razón de la oferta más allá de decir que fue el gerente de SAT SAN ANTON quien se aproximó a CELEGA y a SENOBLE con el fin de renegociar y mejorar el marco contractual y que ambas no son competidoras pues CELEGA es un suministrador.

En realidad, CELEGA era una compradora transformadora, figura que la resolución sancionadora define, de conformidad con el real Decreto 754/2005, por el que se regulaba el régimen de la Tasa Láctea como "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."

Es un hecho notorio que CELEGA ejerce su actividad transformadora como productora de quesos y como compradora de leche cruda para su reventa, como permite el Real Decreto 754/2005 (folio 2800),

En ese concepto CELEGA compraba leche cruda de vaca y era, por tanto, competidora de SCHREIBER.

Por esa razón, a juicio de la Sala, la oferta que hace SCHREIBER a SAT SAN ANTON es fruto de los intercambios de información previos con CELEGA, ambas competidoras y se insertan en el contexto que describe la resolución sancionadora generado por el sistema de cuota láctea y de la prácticamente nula capacidad de negociación del ganadero para vender su leche, de ahí el carácter anticompetitivo de la conducta.

OCTAVO.- Considera la actora que la infracción individual imputada no constituye una infracción por objeto ni por efecto.

Debemos recordar que en relación con la calificación de la conducta como restricción por objeto, tanto las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal de la Comisión Europea (2011/ C 11/01) como los precedentes judiciales a nivel comunitario refrendan que los intercambios de información entre competidores, en la medida en que tengan capacidad para debilitar o suprimir la incertidumbre que caracteriza un mercado competitivo, constituyen una restricción de la competencia por objeto teniendo en cuenta el contexto jurídico y económico del intercambio en cuestión.

Además de otros pronunciamientos como la sentencia del TJUE de 4 de junio de 2009, asunto C-08-08 T-Mobile, y la del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2018 Suzuki-Honda, en la sentencia de 5 de octubre de 2021, rec.5807/2020, el Tribunal Supremo resume la doctrina jurisprudencial sobre los intercambios de información, señalando que *"la apreciación de los efectos anticompetitivos de un acuerdo de intercambio de información entre empresas competidoras exige tomar en consideración las condiciones y circunstancias en las que se producen las prácticas, singularmente, el marco concreto en el que se producen los acuerdos, el contexto económico y jurídico en el que operan las empresas, la naturaleza de los bienes y servicios contemplados, así como la estructura y condiciones reales de funcionamiento de los mercados afectados"*.

La calificación de un acuerdo de intercambio de información como infracción "por objeto" exige que resulte debidamente acreditado que tiene un grado suficiente de nocividad para la competencia mediante el examen de aspectos relevantes, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, tal como se expone en el FJº 4º.

Los intercambios de información sobre elementos que condicionan, integran o afectan de manera relevante a los precios, aunque no se refieran directamente a precios finales, constituyen una infracción por objeto y pueden ser considerados como cártel".

En el presente caso, la prueba que resulta del expediente muestra como la información intercambiada sobre precios de compra, fuentes de aprovisionamiento como son los ganaderos (incluyendo su identidad y los volúmenes de compra de leche a los mismos) y excedentes de leche, constituye una información relevante para

las empresas del sector lácteo porque tiene carácter estratégico para ellas y su puesta en común con el resto de los competidores reduce la incertidumbre entre las empresas y la necesaria competencia entre ellas.

Hay que tener en cuenta que la información intercambiada entre empresas lácteas competidoras entre sí se produce, como refleja la resolución recurrida, en un contexto de gran desequilibrio entre los ganaderos y las empresas que les compran la leche y con fuertes barreras de entrada al mercado tanto en el ámbito de la producción como en el de la transformación.

Se trata de información desagregada y actual que se intercambia entre competidores de manera frecuente y continua durante un largo periodo de tiempo y en lo que se refiere a los precios, en muchas ocasiones se referían a precios recientes a mes vencido y en otras, a estrategias a adoptar respecto de los ganaderos.

La prueba que obra en el expediente acredita que las empresas sancionadas celebraban reuniones en las que se compartía información relativa a la evolución de los precios futuros. Constan producidos contactos directos y bilaterales entre empresas referidos a precios muy recientes, desglosados por empresas, y se reflejan afirmaciones que ponen de manifiesto las reacciones de los competidores a las decisiones de cambios de precio.

Es decir, no ofrece duda que las empresas conocían las conductas ajenas por la transparencia del mercado surgida del intercambio de información estratégica entre aquellas. La información no se obtenía de los ganaderos sino de los propios competidores a través de reuniones y otros contactos entre las empresas.

La actora considera que su conducta individual no era constitutiva de una infracción anticompetitiva por el objeto ni subsidiariamente por el efecto, pero la oferta que formuló a SAT ANTON es fruto de un previo intercambio de información con CELEGA sobre precios y volúmenes de compra de leche, información estratégica que reduce la incertidumbre entre ellas y restringe la competencia. Por esa razón, no es necesario valorar el informe pericial aportado por la actora sobre los precios de venta de SAT SAN ANTON porque la resolución sancionadora no le imputa a SCHREIBER que su conducta haya influido en los precios.

Se trata de una infracción por objeto dada la naturaleza y características de la información intercambiada en el contexto económico en el que tiene lugar tal y como se ha expuesto.

Además, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2019, rec. 4323/2017, referida a un intercambio de información entre competidores indica que solo cuando no existen indicios suficientes para apreciar la existencia de una infracción por el objeto se puede exigir que se acrediten los efectos concretos de un acuerdo contrario a la competencia. Y que, tratándose de infracciones por objeto, no es necesario analizar la incidencia que dicha conducta infractora tiene sobre el mercado, ya que por su propia naturaleza son aptas para incidir en el comportamiento de las empresas en aquel ni es posible rebatir esta afirmación mediante observaciones basadas en que los acuerdos colusorios no tuvieron efectos relevantes en el mercado.

NOVENO.- Sostiene subsidiariamente SCHREIBER que la CNMC no debió subsumir su conducta en una infracción única y continuada porque no guarda identidad de razón con las conductas acreditadas entre 2000 y 2012.

Sobre las características de la infracción única y continuada podemos acudir a la Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 16 de junio de 2011, en el asunto T-211/08, Putters International NV, en la que, con cita de la sentencia de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Participazioni (C- 49/92, Rec. p. I-4125), apartado 82, 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 la 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 «si no existen pruebas que permitan demostrar directamente la duración de una infracción, la Comisión debe basarse al menos en pruebas de hechos suficientemente próximos en el tiempo, de modo que pueda admitirse razonablemente que la infracción prosiguió de manera ininterrumpida entre dos fechas concretas [...]», 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 «acreditado 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).

El que sea calificada una infracción del artículo 101 del TFUE como infracción única y continuada tiene importantes consecuencias en la imputación de la conducta en el ámbito temporal, ya que una empresa que haya participado en una infracción de este tipo, mediante comportamientos propios, calificables de acuerdo o de práctica concertada con un objeto contrario a la competencia en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, y que pretendía contribuir a la realización de la infracción en su conjunto, es también responsable, durante todo el tiempo que dure su participación en dicha infracción, de los comportamientos de otras empresas en el marco de la misma infracción, STJUE Comisión/Anic Partecipazioni, (apartado 83).

Además, permite presumir que la infracción o la participación de una empresa no se ha interrumpido, aunque no se 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, STG 17 de mayo de 2013, T147/09 y T14 8/09 Trelleborg, (apartado 61). Con la infracción única y continuada se presume que, a pesar de periodos de aparente inactividad o donde no es posible desplegar toda la carga probatoria, la infracción continúe permitiendo la imputación de la responsabilidad por todo ese periodo de latencia.

La falta de prueba sobre la existencia de un acuerdo durante algunos periodos determinados o, al menos, en cuanto a su ejecución por una empresa durante un periodo concreto, *«no impide considerar que la infracción existió durante un período global más largo que dichos períodos, a condición de que tal comprobación se base en indicios objetivos y concordantes. En el marco de una infracción que dura varios años, el hecho de que las manifestaciones del acuerdo se produzcan en períodos diferentes, pudiendo separarse por intervalos de tiempo más o menos largos, no influye en la existencia de dicho acuerdo, siempre que las diferentes acciones que formen parte de esta infracción persigan una única finalidad y se inscriban en el marco de una infracción única y continua [...]»,* STJUE 11 de enero de 2008, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, (apartados 57, 97 y 98), STJUE de 7 de enero de 2004 Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 52 supra, apartado 260), y STG Trelleborg, (apartado 59).

Esta circunstancia permite la imposición de una multa por la totalidad del periodo de infracción considerado y determina la fecha en la que empieza a correr el plazo de prescripción, a saber, la fecha en la que la infracción continua ha finalizado, STG Trelleborg, (apartado 62).

Las consecuencias son muy relevantes. (i) Permite que la infracción o la participación de una empresa en ella, 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, siempre 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.

No obstante, para permitir imputar este periodo intermedio de aparente inactividad, de actividad más reducida, o cuando estamos ante actos separados en el tiempo, no basta para poder sancionar la mera «[r]referencia genérica a la distorsión de la competencia [...]» se requiere de indicios objetivos y concordantes de una eventual voluntad persistente de las demandantes de reactivar el cartel o de adherirse a sus objetivos para presumir válidamente una participación continua, aun pasiva, por parte de las empresas, STG Trelleborg, (apartados 61 y 62).

Por último, el supuesto carácter abusivo del recurso a la teoría de la infracción continuada no puede apreciarse *in abstracto* y depende en esencia de las circunstancias de cada caso concreto, y en particular de que el órgano sancionador consiga demostrar que se trata de una infracción única durante los diferentes periodos considerados, STG Trelleborg, (apartado 94). No obstante, se debe estar especialmente atento o actuar con la debida cautela puesto que «la Comisión podría postergar indefinidamente la prescripción y reducirla así a la nada, lo que es contrario al principio de seguridad jurídica.», (apartado 93).

Pues bien, la resolución recurrida aprecia la existencia de una infracción única y continuada, consistente en intercambios de información de las empresas lácteas sobre precios y condiciones comerciales, intercambios de información sobre los ganaderos (su identidad, volúmenes adquiridos y estrategias respecto de ellos) e intercambios de información sobre excedentes con la intención de llegar a acuerdos para la gestión de excedentes producidos en el seno de AELGA y que tendrían aptitud para incidir en el mercado de aprovisionamiento de leche de vaca cruda, al menos en los años 2008 y 2009

Explica la resolución recurrida que el objetivo común perseguido por las empresas sancionadas es el de controlar el mercado de aprovisionamiento de leche cruda de vaca durante el periodo infractor y es precisamente el intercambio de información entre las empresas lo que les ha permitido adoptar políticas conjuntas y coordinadas para garantizar su poder frente a los ganaderos y eliminar la incertidumbre competitiva en el mercado.

El intercambio de información sobre ganaderos permite a las empresas tener controlada la cesión de ganaderos entre ellas para asegurarse no tener que negociar precios con ellos (por ejemplo, subidas de precios al intentar captarlos).

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. 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 (folios 596 a 599).

Para conseguir ese control las empresas intercambiaron información sobre la política de precios y condiciones comerciales, sobre los ganaderos (su identidad, volúmenes adquiridos y estrategias respecto de ellos) y sobre excedentes para mantener el poder frente a los ganaderos.

La prueba analizada pone de manifiesto que a lo largo del periodo infractor las empresas mediante los intercambios de información referidos redujeron el nivel de incertidumbre entre ellas con la consiguiente disminución de la competencia y del poder de negociación de los ganaderos con el fin de controlar el mercado de aprovisionamiento de leche cruda de vaca, lo que configura la infracción única y continuada, al margen de que no todas las empresas hayan participado en todas las conductas, como es el caso de SCHREIBER.

Es verdad que a SCHREIBER se le imputa un intercambio puntual de información sobre ganaderos pero eso no significa que se trate de una conducta aislada y desligada de la sancionada con carácter general sino que se integra en la infracción única y continuada porque la actora conoce y participa del plan común, la voluntad de controlar el mercado de aprovisionamiento de leche cruda de vaca durante el periodo infractor precisamente a través de los intercambios de información que en el contexto en el que se han producido, también en 2013, han permitido a las empresas, entre ellas SCHREIBER reducir el nivel de incertidumbre y competencia entre ellas y paralelamente la capacidad de negociación de los ganaderos en la venta de su producto.

A juicio de la Sala, la conducta de SCHREIBER aunque referida solo a 2013 participa de los caracteres que configuran la infracción única y continuada que describe la resolución sancionadora sin que por ello pueda aplicarse, como pretende la regla "de minimis".

DÉCIMO.- En cuanto a la sanción, censura su falta de motivación y de proporcionalidad.

La resolución recurrida cuantifica la sanción siguiendo los criterios establecidos por la STS de 29 de enero de 2015, recurso 2872/2013.

Los criterios utilizados para ello son los descritos en el art. 64 de la Ley 15/2007 y sirven para fijar un tipo sancionador general del 2,3%. A partir de ahí, para individualizar la conducta, la resolución tiene en cuenta su duración individual, el volumen de negocios del mercado afectado por cada empresa, así como el porcentaje de participación de cada una de ellas en el total del volumen de negocios en el mercado afectado (VNMA) durante la infracción. Tiene en cuenta además que algunas empresas han participado en varias conductas por lo que merecen un mayor reproche sancionador.

Tras la combinación de esos criterios advertimos que SCHREIBER es la empresa a la que se fija un tipo sancionador más bajo, 2,3, al igual que CELEGA siendo la multa final impuesta de 92.9.644 euros sensiblemente más baja que la siguiente en importancia, a NESTLÉ con 6.860.000 euros lo que quiere decir que la resolución sancionadora ha tenido en cuenta los factores que la actora entiende no han sido tomados en consideración como la menor cuota de mercado de SCHREIBER, tratarse de una sola conducta, su escasa duración, etc. Prueba de ello es que la sanción impuesta a CELEGA, por importe de 53.310 euros, tratándose de la misma conducta



que la realizada por SCHREIBER se diferencia, fundamentalmente en su grado de participación en el VNMA total de la infracción que es solo del 0,1 %.

Por lo tanto, la cuantificación de la multa no carece de motivación pues explica el proceso seguido para su determinación con sujeción a los criterios del art. 64 de la Ley 15/2007 y tampoco resulta desproporcionada a la vista de sus circunstancias. No apreciamos desproporcionalidad entre los márgenes de los tipos sancionadores aplicados a las empresas sancionadas que obligase a corregir criterios arbitrarios o no razonados de la Administración en el ejercicio de su potestad sancionadora.

Por lo demás, hemos declarado en varias sentencias, así, las de 7 de abril de 2022, recurso 34/2018 o 18 de junio de 2021, recurso 523/2016, que *« los criterios tenidos en cuenta para fijar el tipo sancionador aunque no cuantifique el porcentaje exacto que a cada uno corresponde sin que ello se traduzca en falta de motivación pues, como recuerda la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, asunto C-194/14 P, AC- Treuhand AG "a la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa (véase, en este sentido, en particular la sentencia Telefónica y Telefónica de España/Comisión, C-295/12 P, EU:C:2014:2062 , apartado 123/81). [...]»*.

DÉCIMOPRIMERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA procede imponer las costas a la parte recurrente, dada la desestimación del recurso.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación,

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso interpuesto por el Procurador D. Alberto Hidalgo Martínez, en nombre y representación de **SCHREIBER FOODS ESPAÑA S.L.**, antes SENOBLE IBÉRICA SL contra la resolución de 11 de julio de 2019, dictada por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia por la que se le impone una sanción de 929.644 euros € de multa, por la infracción de los artículos 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por la comisión de una infracción única y continuada consistente en un intercambio de información entre las industrias lácteas sobre ganaderos, en 2013.

Con imposición de costas a la parte recurrente.

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

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.