



Roj: **SAN 1589/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:1589**

Id Cendoj: **28079230062014100224**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **02/04/2014**

Nº de Recurso: **194/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **ANA ISABEL RESA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1589/2014,**  
**STS 2937/2015**

## SENTENCIA

Madrid, a dos de abril de dos mil catorce.

**Visto** el recurso contencioso administrativo núm. **194/2011** que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **L'OREAL ESPAÑA S.A. Y L'OREAL S.A.** representadas por el Procurador de los Tribunales D. Manuel Lanchares Perlado frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 2 de marzo de 2011, relativa a **expediente sancionador por incumplimiento de la Ley de Defensa de la Competencia**, con una cuantía de 23.201.000?, siendo codemandadas Productos Cosméticos SLU (Wella) representada por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, Henkel Ibérica SA y Henkel AG.CO KGAA representada por la Procuradora D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> José Bueno Ramírez, STANPA representada por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, Eugene Perma España SAU, representada por el Procurador D. Isidro Orquín Cedenilla y Cosmética Cosbar SL, representada por la Procuradora D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> de los Ángeles Sánchez Fernández, siendo Ponente la Iltma. Sra. D<sup>a</sup> ANA ISABEL RESA GOMEZ, Magistrada de la Sección.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** -. La representación procesal indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia mediante escrito de fecha 29 de abril de 2011. Por Decreto del Sr. Secretario se acordó tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo.

**SEGUNDO** -. En el momento procesal oportuno la representación procesal de la actora formalizó la demanda mediante escrito de 21 de noviembre de 2011 en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando se dicte sentencia por la que se declare la nulidad o anulabilidad de la resolución impugnada en relación con los pronunciamientos primero, segundo (apartado primero), tercero cuarto y quinto de la resolución impugnada por las razones expuestas en la demanda y subsidiariamente acuerde reducir significativamente el importe de la multa.

**TERCERO** -. El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la desestimación del recurso. Las codemandadas contestaron a la demanda manifestando lo que estimaron conveniente.

**CUARTO** -. Solicitado el recibimiento del pleito a prueba fue practicada la que propuesta se declaró pertinente con el resultado obrante en autos y tras evacuar las partes el trámite de conclusiones quedaron los autos conclusos y pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que tuvo lugar el día 1 de abril de 2014 en el que efectivamente se deliberó, votó y falló, habiéndose observado en la tramitación del presente recurso todas las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO** .- Es objeto de impugnación en este recurso contencioso-administrativo el acuerdo dictado por la Comisión Nacional de la Competencia el día 2 de marzo de 2011 en el expediente sancionador S/0086/08, Peluquería Profesional, incoado por la Dirección de Investigación de la CNC por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

**SEGUNDO** .- El resuelve de la resolución impugnada acuerda:

*PRIMERO.- Declarar a L'ORÉAL ESPAÑA S.A. y su matriz L'ORÉAL, S.A.; PRODUCTOS COSMÉTICOS, S.L.U. (WELLA) y su matriz The Procter & Gamble Company; THE COLOMER GROUP SPAIN, S.L. y a su matriz TCGP; EUGÈNE PERMA ESPAÑA, S.A.U. y a su matriz EUGENE PERMA GROUP SAS; COSMÉTICA COSBAR, S.L. (MONTIBELLO), COSMÉTICA TÉCNICA, S.A. (LENDAN), HENKEL IBÉRICA, S.A. y su matriz Henkel AG Co KGaA; DSP HAIRCARE PRODUCTS, S.A. y la Asociación Nacional de Perfumería y Cosmética (STANPA), responsables de una infracción del artículo 1 de la LDC, por haber llevado a cabo una práctica concertada, durante el periodo que va desde el 8 de febrero de 1989 hasta el 28 de febrero de 2008.*

*SEGUNDO.- Imponer las siguientes sanciones a las autoras de la conducta infractora:*

- L'ORÉAL ESPAÑA S.A. una multa de 23.201.000?, (Veintitrés millones doscientos un mil Euros) De este importe hasta un total de 21.854.000?, (Veintiún millones ochocientos cincuenta y cuatro mil Euros), resulta responsable de forma solidaria su matriz L'ORÉAL, S.A

*TERCERO.- Eximir a HENKEL IBÉRICA, S.A. y a su matriz Henkel AG Co KGaA del pago de la multa que le corresponde por reunir los requisitos previstos en el artículo 65 de la LDC.*

*CUARTO.- Las anteriores empresas y la Asociación justificarán ante la Dirección de Investigación de la CNC el cumplimiento de la obligación impuesta en el resuelve segundo.*

*QUINTO.- Se insta a la Dirección de Investigación para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución.*

**TERCERO:** Son datos fácticos a tener en cuenta para la resolución del presente contencioso, los siguientes:

1.- Tras la presentación de una solicitud de exención del pago de la multa por HENKEL IBÉRICA, S.A. (HENKEL) ante la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) por su participación en un ilícito relacionado con el sector de la peluquería profesional, el 19 de junio de 2008 se realizaron inspecciones en la sede de varias empresas y en la Asociación Nacional de Perfumería y Cosmética (STANPA), tras la incoación de expediente sancionador el 16 de junio de 2008.

2.- En julio de 2008 L'ORÉAL ESPAÑA S.A. (L'ORÉAL) y STANPA interpusieron sendos recursos ante el Consejo de la CNC contra la actividad inspectora de la Dirección de Investigación de la CNC, que fueron desestimados por el Consejo de la CNC. Teniendo en cuenta que STANPA había interpuesto además un recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional por el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales, el 2 de septiembre de 2008 la Dirección de Investigación acordó la suspensión del cómputo del plazo máximo de resolución del expediente hasta la resolución de dicho recurso. Recibida el 30 de noviembre de 2009 la notificación de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de septiembre de 2009, con fecha 1 de diciembre de 2009 se procedió al levantamiento de la citada suspensión, reanudándose el cómputo del plazo máximo de resolución desde esa misma fecha.

3.- El 12 de diciembre de 2008 PRODUCTOS COSMÉTICOS, S.L.U. (WELLA) presentó ante la CNC solicitud de reducción del importe de la multa.

4.- El 24 de febrero de 2010 la Dirección de Investigación notificó el Pliego de Concreción de Hechos (PCH) imputando a las 8 empresas incoadas -L'ORÉAL, WELLA, THE COLOMER GROUP SPAIN, S.L. (COLOMER), EUGÈNE PERMA ESPAÑA, S.A.U (EUGÈNE), COSMÉTICA COSBAR, S.L. (MONTIBELLO), COSMÉTICA TÉCNICA, S.A. (LENDAN), HENKEL, DSP HAIRCARE PRODUCTS, S.A. (DSP)- y a STANPA una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) por la adopción de acuerdos para el intercambio de información sensible y un pacto de no captación de trabajadores, que constituye un cártel existente desde el 8 de febrero de 1989 hasta el 28 de febrero de 2008.

5.- El 7 de julio de 2010 se notificó a las entidades imputadas la Propuesta de Resolución, proponiendo sancionar a las 8 empresas imputadas por una infracción del artículo 1 de la Ley 11/1963, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia, del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y de la vigente LDC, por los acuerdos e intercambios de información comercial sensible realizados desde el 8 de febrero de 1989 hasta el 28 de febrero de 2008, calificada como muy grave.



Asimismo se propone que se exima del pago de la multa a HENKEL de conformidad con el artículo 65.1.a) de la LDC y que se reduzca el importe de la sanción a WELLA, conforme al artículo 66 de la LDC .

**CUARTO:** En cuanto a las Partes se señala que de acuerdo con la estructura accionarial aportada por la empresa, L'ORÉAL ESPAÑA, S.A. ha pertenecido desde 1990 a los mismos accionistas aunque con ligeras variaciones. En concreto, desde 1990 hasta el 18 de diciembre de 1994, la empresa estuvo participada por Enterprises Maggi, S.A. (30,63%), L'ORÉAL, S.A. (18,37%) y Oomes, BV (51%). A partir del 19 de diciembre de 1994, los dos únicos accionistas de la empresa han sido L'ORÉAL, S.A. y Oomes, BV, variando su participación en el capital social de la empresa hasta el momento actual, en el que se sitúa en un 63,9% y el 36,1%, respectivamente. La empresa Oomes, BV es, a su vez, propiedad al 100% de L'ORÉAL S.A., empresa con domicilio social en París e inscrita en el Registre du Commerce et des Sociétés (R.C.S.) de París, siendo esta empresa francesa la cabecera del grupo L'ORÉAL en España.

L'ORÉAL ESPAÑA S.A., ha sido objeto de diversos cambios en su denominación. Hasta el 31 de diciembre de 1998 se denominó PRODUCTOS CAPILARES, S.A., pasando a denominarse L'ORÉAL HISPANIA, S.A. el 1 de enero de 1999, tras la integración de todas las sociedades del grupo L'ORÉAL en España. L'ORÉAL HISPANIA, S.A. cambió su denominación social por la de L'ORÉAL ESPAÑA, S.A. el 8 de septiembre de 2000.

En su respuesta al requerimiento de información realizado por la DI, la empresa ha señalado que el 1 de enero de 2009 se produjo una reestructuración interna de L'ORÉAL en España, consistente en una fusión por absorción de las cuatro filiales de L'ORÉAL ESPAÑA S.A., que han dejado de existir como tales para convertirse en cuatro unidades de negocio dentro de L'ORÉAL ESPAÑA S.A.:

- a) Productos de gran consumo: unidad de negocio dedicada a la fabricación y comercialización de productos para el cuidado del cabello, coloración, cuidado de la piel, maquillajes y perfumes a través del canal de venta de gran consumo, esto es, a través de hipermercados y supermercados.
- b) Cosméticos activos: unidad de negocio dedicada a la fabricación comercialización de productos dermocosméticos para el cuidado de la piel, que se comercializan exclusivamente a través de farmacias y parafarmacias.
- c) Productos de lujo: unidad de negocio dedicada a la fabricación y comercialización de productos para el cuidado de la piel, maquillajes y perfumes a través de una red de distribución selectiva de perfumerías y grandes almacenes. Los puntos de venta de estos productos deben cumplir con los criterios del contrato de distribución selectiva para poder suministrar los productos.
- d) Productos de peluquería profesional: unidad de negocio dedicada a la fabricación y comercialización de productos de peluquería profesional para los salones de peluquería, que son los clientes de esta unidad de negocio. Los salones de peluquería utilizan los productos, bien para prestar sus servicios de peluquería o para su reventa a los consumidores finales. Además de la venta de productos de peluquería profesional, esta unidad de negocio de L'ORÉAL realiza cursos de formación para que los peluqueros utilicen correctamente sus productos. Las principales marcas de esta unidad de negocio de L'ORÉAL en España son L'ORÉAL PROFESSIONNEL, KÉRASTASE, REDKEN y MATRIX. En el caso de los productos de la marca Premium Kérastase, los salones de peluquería deben firmar un contrato de distribución selectiva.

Y en cuanto al Mercado: El sector de peluquería profesional es parte del mercado de cosméticos en general al que pertenecen todas las empresas implicadas y que, según precedentes nacionales y comunitarios, se podría clasificar en 5 categorías en función del uso de los mismos:

- a) Perfumería a base de alcoholes: perfumes, aguas de tocador, aguas de colonia.
- b) Productos cosméticos decorativos (productos de maquillaje).
- c) Productos para el cuidado de la piel.
- d) Productos capilares: tintes y decolorantes; productos para moldear, para deslizar y fijar; productos que ayudan a mantener el peinado; productos para limpieza (lociones, polvos, champús); productos acondicionadores (lociones, lacas, brillantinas) y otros productos para el peinado.
- e) Productos de aseo o cuidado corporal.

Las empresas imputadas actuaban, entre otros, en el segmento de los productos para el cuidado del cabello destinados a su uso por profesionales de la peluquería, que se venden a salones de peluquería, vendiéndose también una pequeña proporción de la producción a los consumidores finales a través de las peluquerías. Las empresas imputadas agrupadas en el denominado G8, son los principales operadores presentes en el mercado español de fabricación y distribución de productos de peluquería profesional, con una cuota de mercado conjunta superior al 70%.

**QUINTO:** El Consejo de la CNC considera acreditados los hechos expuestos en el PCH sin que las alegaciones de las entidades imputadas hayan contradicho lo expuesto por la Dirección de Investigación. En la Resolución del Consejo de la CNC se recogen, por orden cronológico, las 40 reuniones acreditadas por la Dirección de



Investigación en base a la documentación obrante en el expediente, que concluyeron en febrero de 2008. Estas reuniones del denominado G8 -por las 8 empresas participantes en el cártel- tenían carácter semestral, siendo escasas las excepciones a esta sistemática. A lo largo de estas reuniones se produjeron intercambios de datos sensibles tales como incremento de precios recientes y estimación de incrementos de precios en el futuro, así como la fecha prevista, descuentos, plazos y formas de pago y de financiación, dietas, incentivos del personal de ventas, etc. Estos datos se intercambiaban mediante la remisión de "paneles" con distintos formatos, distinguiendo el "Panel de datos de intercambio", el "Panel de datos de intercambio por familias de producto resumido", el "Panel de datos de intercambio por familias de producto agregado" (o "Panel de fabricantes") y el "Panel provincial". Asimismo hay referencias en las actas de las reuniones celebradas por el cártel en relación con un acuerdo de no captación de personal de sus vendedores por parte de personal de otras empresas del cártel, también denominado "Pacto de caballeros".

En la reunión de 24 de febrero de 2004 se incorpora STANPA al cártel, en sustitución de un censor de cuentas contratado hasta ese momento por el cártel, con la función de recoger, tratar y preparar la información recibida de las empresas del cártel para su posterior intercambio entre ellas.

**SEXTO:** Alega la parte actora como fundamento de su pretensión anulatoria:

1.- La resolución fue dictada en un procedimiento administrativo previamente caducado. 2.- Aplicación retroactiva de la Ley 5/07 en perjuicio e la recurrente. 3.- Indebida aplicación del régimen e clemencia a un supuesto no contemplado por la Ley. 4.- Infracción del derecho al secreto de las comunicaciones entre abogado y cliente 5.- Inexistencia de infracción de art. 1 de la LDC por infracción del principio de legalidad y tipicidad. 6.- Inexistencia de una infracción única y continuada. 7.- Infracción del deber de motivación y proporcionalidad al imponer la multa. 8.- Infracción del principio de confianza legítima. 9.- Improcedente condena solidaria a L?Oreal.

**SÉPTIMO:** Debe señalarse con carácter previo que algunas de las cuestiones ahora planteadas en el presente recurso, han sido ya resueltas por la sentencia de fecha 12 de marzo de 2014, recurso 172/11 a cuyo contenido nos remitidos por aplicación del principio de unidad de criterio.

Empezando por la primera cuestión, alega la actora la caducidad del procedimiento. Señala que el procedimiento sancionador se incoó el 16 de junio de 2008 y habida cuenta que el plazo máximo para resolver es de dieciocho meses ( art. 36 LDC y 28RLDC), la resolución de fecha 2 de marzo de 2011 se dictó extemporáneamente.

En nuestra sentencia de fecha 12 de marzo de 2014 ya tratamos esta cuestión, en sentido desestimatorio, en los siguientes términos, que resultan plenamente aplicables al presente supuesto.

*" Ahora bien, en dicho procedimiento se dictaron dos acuerdos de suspensión, con cuyos términos y efectos, tal y como han sido interpretados por la Administración la parte actora no está conforme.*

*El primero adoptado el 2 de septiembre de 2008 como consecuencia del recurso contencioso-administrativo promovido por Stanpa por el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales, contra la Resolución del Consejo de la CNC de 17 de julio de 2008, siendo reanudado el cómputo del plazo máximo el 21 de octubre de 2009, tras haberse subsanado un error material, en cuanto a la fecha contenida en el anterior acuerdo, y teniendo en cuenta el momento en que la referida sentencia le fue notificada a la CNC.*

*El segundo acordado el 31 de enero de 2011 como consecuencia de la realización de actuaciones complementarias y que se mantuvo hasta el 1 de marzo de 2011. Entiende la parte actora que este nuevo acuerdo de suspensión era improcedente por cuanto el procedimiento ya se hallaba caducado con fecha 14 de enero de 2011 y porque, en cualquier caso, la finalidad perseguida era dilatar la tramitación del procedimiento.*

*Es decir, sostiene en cuanto al primer acuerdo de suspensión, que siendo la fecha de la sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de septiembre de 2009 , debería haberse reiniciado el cómputo del plazo suspendido el 1 de octubre de 2009 y no el 21 de octubre de 2009 como entendió la Dirección de Investigación, tras tener conocimiento de dicha sentencia mediante testimonio remitido por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional a petición del Secretario del Consejo, habiéndose producido por tanto la caducidad del expediente, puesto que el plazo máximo de 18 meses previsto en el artículo 36 de la LDC expiró el 14 de enero de 2011.*

*El art. 12 del RLDC dispone:*

**1.** En caso de suspensión del plazo máximo, el órgano competente de la Comisión Nacional de la Competencia deberá adoptar un acuerdo en el que se señale la causa de la suspensión, de acuerdo con lo previsto en el artículo 37 de la Ley 15/2007, de 3 de julio ...



2. Para el levantamiento de la suspensión del plazo máximo, el órgano competente de la Comisión Nacional de la Competencia deberá dictar un nuevo acuerdo en el que se determinará que se entiende reanudado el cómputo del plazo desde el día siguiente al de la resolución del incidente que dio lugar a la suspensión y la nueva fecha del plazo máximo para resolver el procedimiento. *Este acuerdo de levantamiento de la suspensión será igualmente notificado a los interesados.*

3. *En los casos de suspensión del plazo, el día final del plazo se determinará añadiendo al término del plazo inicial, los días naturales durante los que ha quedado suspendido el plazo.*

*En el presente supuesto la primera suspensión se acordó al amparo de la letra d) del art. 37 de la LDC : "Cuando se interponga el recurso administrativo previsto en el artículo 47 o se interponga recurso contencioso-administrativo." La reanudación del plazo en este supuesto no puede venir dado por la fecha de la sentencia como opina la actora, sino por la fecha de su notificación, que es cuando la CNC tiene efectivo conocimiento de la misma y puede ordenar el levantamiento de la suspensión, no antes. Por tanto notificada la misma el día 21 de octubre de 2009 el periodo de suspensión fue de 442 días por lo que el plazo finalizó con posterioridad a la fecha en que se notifica la resolución sancionadora que lo fue el 3 de marzo de 2011.*

*En este sentido cabe reiterar el argumento esgrimido por la CNC al señalar que, conforme al artículo 12 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, debe tenerse por fecha de notificación a la CNC aquella en que fue realizada a la Abogacía del Estado ante la Audiencia Nacional, es decir, el 20 de octubre de 2009. Por tanto, la resolución del incidente que supone el levantamiento de la suspensión debe entenderse realizada el 21 de octubre de 2009, debiendo efectuarse la suspensión al día siguiente, por lo que no debe entenderse caducado el expediente.*

*Además debe tenerse en cuenta que, con arreglo a lo dispuesto por el art. 151.2 de la Ley 1/200, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), los actos de comunicación a la Abogacía del Estado "se tendrán por realizados el día siguiente a la fecha de recepción que conste en la diligencia o en el resguardo acreditativo de su recepción cuando el acto de comunicación se haya efectuado por los medios y con los requisitos que establece el apartado 1 del artículo 162 de esta Ley". Por lo tanto, por fecha de notificación, a efectos legales, debe tenerse el 21 de octubre de 2009, que es el día siguiente al día en que tuvo lugar el acto de notificación material a la Abogacía del Estado, el 20 de octubre.*

*Es la notificación de las sentencias a las partes en el proceso, condición no de validez y existencia de las mismas, pero sí de eficacia frente a aquéllas, según reiterada jurisprudencia."*

**OCTAVO:** En el siguiente motivo afirma la actora que la CNC ha realizado una indebida aplicación retroactiva de la Ley 15/2007. Frente a ello conviene destacar que la conducta imputada se habría iniciado el 8 de febrero de 1989, se habría prolongado durante la vigencia de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y habría continuado bajo la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2007, hasta el 28 de febrero de 2008.

Puesto que la incoación del expediente se produjo el 16 de junio de 2008, su tramitación se ha realizado conforme a las normas procesales de la Ley 15/2007, pues así resulta, sensu contrario, de lo establecido en la Disposición Transitoria Primera del citado texto legal, en el que se señala que "Los procedimientos sancionadores en materia de conductas prohibidas incoados antes de la entrada en vigor de esta Ley se tramitarán y resolverán con arreglo a las disposiciones vigentes en el momento de su inicio."

Pero en cuanto al derecho material, debe señalarse que sin perjuicio de que la conducta regulada por el artículo 1 de ambas leyes sea idéntica, lo cierto es que el régimen sancionador diseñado por la Ley 15/2007, es, desde un punto de vista global, más favorable a los infractores que el contemplado por la anterior Ley 16/1989. Así resulta, entre otros elementos de juicio, del sistema de graduación de las infracciones inexistente en la legislación anterior, del establecimiento de topes máximos al importe de algunas sanciones de cuantía inferior al general previsto por el artículo 10 de la Ley 16/1989, de la reducción de los plazos de prescripción para algunas de las conductas tipificadas o de la especialmente destacable en este supuesto la posibilidad, común a todos los que hayan participado en un cártel, de solicitar la exención o reducción de la sanción.

Entiende la actora que no existe conducta sancionable después de la entrada en vigor de la nueva LDC, al considerar que las reuniones celebradas hasta el 28 de febrero de 2008 no forman parte de la conducta ya que en todo caso carecen de relevancia, basándose para ello en la resolución que denegó a Wella la clemencia parcial. Ahora bien no es esto lo que resulta de los hechos probados de la resolución impugnada, que extiende la conducta hasta febrero de 2008, valorando conforme a ello la infracción y la cuantía de la sanción y porque la denegación de la clemencia parcial no fue debida a la irrelevancia de la reunión celebrada el 28 de febrero de 2000 sino del hecho de que tal información ya obraba en poder de la CNC.



Por tanto, como quiera que ambas leyes sancionaban exactamente las mismas conductas, el tratamiento de éstas es idéntico así como la cuantificación de la multa, pues en ambas se señala que la cuantía podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal, no se puede afirmar que la nueva Ley sea más perjudicial para la actora que la antigua. Cuestión distinta es la aplicación de las directrices para el cálculo de las multas aprobadas por la CNC que será objeto de análisis al tratar la alegación de falta de proporción de la multa impuesta.

**NOVENO:** En tercer lugar se alega como motivo de nulidad, la aplicación improcedente del régimen de clemencia, que solo admite esta figura en el caso de cárteles, sin que un sistema de información pueda ser considerado como un cártel según la propia Ley.

Tal cuestión ya fue tratada en el fundamento de derecho décimo de la sentencia de fecha 12 de marzo de 2014 en los siguientes términos:

*"La actora junto con las demás participantes en el G8 ha alegado que las prácticas acreditadas no cumplen los requisitos exigidos por la disposición adicional cuarta de la LDC para ser considerada un cártel, aunque todas ellas admiten que se ha producido un intercambio de información, pero difieren en la calificación de esta práctica y en sus consecuencias.*

*Ya dijimos con anterioridad y a la vista de los hechos que constan en el expediente sobre los intercambios de información llevados a cabo por el G8, primero apoyados por un Censor Jurado de Cuentas y después con la participación de STANPA, que estamos en presencia y así ha quedado acreditado fehacientemente, de una conducta única y continuada que por la naturaleza de la información intercambiada y el objetivo perseguido de coordinar sus estrategias comerciales, los precios y las entradas de nuevos operadores, distorsionan la competencia, con el fin de beneficiarse los miembros del grupo y ello constituye una infracción por objeto del artículo 1 de la LDC, calificada como cártel de acuerdo con la Disposición Adicional 4 de la LDC.*

*A la vista del expediente ha quedado acreditado que desde febrero de 1989, ocho grandes empresas, que según está acreditado y reconocido por la partes abarcan el 70% del sector de peluquería profesional, se ponen de acuerdo para establecer un sistema de intercambio de información, que con ligeras variaciones se mantiene hasta el año 2008.*

*Señala la resolución impugnada "que la exhaustiva información recogida en los hechos probados acredita la actuación de estas ocho empresas coordinando sus actuaciones a lo largo de casi 20 años, destacándose como características: 1.- La regularidad y estabilidad de las reuniones: Desde febrero de 1989 a febrero de 2008 las empresas que componen el G8 se han reunido de forma regular y sistemática dos veces al año, generalmente en los meses de febrero y septiembre, y con una planificación anticipada de la fecha y la empresa encargada de organizar la reunión de al menos dos años, (es decir planificación anticipada de cuatro a seis reuniones) (HP C 32, 33, 37). 2.- Las reuniones eran organizadas y convocadas por las empresas por riguroso turno, que se establecía con antelación, de forma que si la empresa a la que le correspondía organizar una reunión no asistía a la previa, y pasaba a la siguiente en el turno establecido, en la siguiente reunión se recuperaba el orden, como ocurre con WELLA y MONTIBELLO (HP C 35 y 36). Y esta responsabilidad por turno de cada empresa de la organización de la reunión no varió con la incorporación de STANPA al cártel, aunque a partir de ese momento el staff de STANPA solicitaba la información previamente a la reunión y la organizaba para su presentación en la misma y posterior distribución, cosa que antes hacía la empresa que le tocaba la organización. Además los asistentes a las reuniones del G8 en representación de las empresas eran directivos de puestos de responsabilidad, acordándose por el Grupo que la representación fuera de Directores Generales o de División (HP C 18). Y a partir de la reunión de febrero de 2004 asistía por parte de STANPA el Director del Departamento de datos y estadísticas y en ocasiones, el Presidente/Director General de STANPA.*

*Por lo que se refiere a la información que compartían por las actas de las reuniones se sabe que desde la primera reunión (HP C 1), en todas se produce un intercambio de información sobre precios y tarifas, incremento de precios recientes y previsión de incremento de precios en el futuro y en qué fecha. Y consta en las actas que si alguna empresa no los comunica en la reunión la empresa responsable de la organización de esa reunión los reclama para distribuirlos posteriormente al resto del grupo.*

*Por tanto ese intercambio sistemático de precios actuales y futuros entre las ocho empresas es en sí mismo una infracción de las más graves, puesto que no puede tener otro objeto que afectar seriamente a la competencia, anulando la incertidumbre estratégica, la independencia en las políticas comerciales y el incentivo para competir entre sí en precios, calidad o servicio.*

*La Comunicación de la Comisión Europea (2011/C 11/01) Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, publicada el día 14 de enero de 2011 en el DOUE, hay determinados intercambios de información que tienen altas probabilidades*



de desembocar en un resultado colusorio, por lo que dichos intercambios constituyen una restricción de la competencia por objeto, que por sus características deben ser considerados como cárteles.

Según la Comunicación hay determinados intercambios de información en concreto que tienen altas probabilidades de desembocar en un resultado colusorio, por lo que dichos intercambios constituyen una restricción de la competencia por objeto, tal como la define en el punto 72 y 74,

72. Cualquier intercambio de información cuyo objetivo sea la restricción de la competencia se considerará restricción de la competencia por el objeto. A evaluar si un intercambio de información constituye una restricción de la competencia por el objeto, la Comisión prestará especial atención al contexto jurídico y económico del intercambio en cuestión. Para ello tendrá en cuenta si el intercambio de información, por su propia naturaleza, puede dar lugar a una restricción de la competencia.

Pero más importante, a los efectos que de este expediente, es la calificación jurídica que hace la Comunicación en los puntos 59 y 74, de determinados intercambios de información, que por sus características deben ser considerados como cárteles, "normalmente", dice la Comunicación:

"Por otra parte la comunicación de información entre competidores puede constituir un acuerdo, una práctica concertada o una decisión de una asociación de empresas con objeto de fijar, en particular, precios o cantidades. Por norma general, esos tipos de intercambios de información se considerarán cárteles y, como tales, serán multados. El intercambio de información también puede facilitar la implementación de un cártel cuando permite a las empresas controlar si los participantes cumplen las condiciones acordadas. Esos tipos de intercambios de información se evaluarán como parte del cártel".

74 Así pues, los intercambios entre competidores de datos individualizados sobre los precios o cantidades previstos en el futuro deberían considerarse una restricción de la competencia por el objeto a tenor del artículo 101, apartado 1. Además, los intercambios privados entre competidores relativos a sus intenciones en materia de futuros precios o cantidades se considerarán normalmente cárteles y serán multados como tales puesto que, por lo general, tienen por objeto fijar precios o cantidades. Los intercambios de información que constituyen cárteles no sólo infringen el artículo 101, apartado 1, sino que además es muy improbable que cumplan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo".

Pero es que además de los incrementos de precios presentes y futuros las empresas del G8 intercambian mucha más información relevante a los efectos de conocer las estrategias comerciales mutuas. Efectivamente consta que se comunicaban información sobre los incrementos de ventas, los descuentos del canal mayoristas, subidas de sueldos e incentivos de los representantes de ventas, dietas, personal y organización, plazos y formas de pago y de financiación, impagados, tendencias de ventas de cada empresa desagregadas por familias y sub-familias de productos y a partir del año 2000, cifras de ventas brutas y netas de cada empresa, y totales.

La Disposición Adicional 4 de la LDC define el concepto de cártel a los efectos de la LDC como: "todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones".

En este sentido compartimos las afirmaciones realizadas por la resolución impugnada al señalar: "Es claro que estas ocho empresas, con una cuota de mercado superior al 70%, tenían la capacidad, y así lo hicieron, para montar un cártel y tener controlado el mercado en el que todas ellas mantuvieron sus posiciones, sin demostrar una auténtica competencia entre las mismas durante estos años. Limitación de la competencia que afectó a precios, cantidades, beneficiando exclusivamente a las empresas del grupo y en detrimento de los clientes y consumidores y de otros competidores excluidos del acuerdo. Bastando, para la determinación de una práctica que tiene por objeto la fijación de precios, ni siquiera que los precios hayan sido efectivamente fijados, son que las partes del acuerdo hayan podido confiar en que el resto de participantes iban a seguir una estrategia de colaboración en común para aumentar o mantener los precios en un determinado nivel, "en un clima de certidumbre", (Decisión de la Comisión de 14 de octubre de 1998, *British Sugar*, confirmada por Sentencia de 12 de julio de 2001, asuntos acumulados T-202/98, T-204/98 y T-207/98 *Tate & Lyle plc*, y Decisión de la Comisión de 5 de junio de 1996, asunto FENEX). Incluso, conforme a la jurisprudencia comunitaria, el hecho de que los precios futuros intercambiados no sean aplicados en algunas ocasiones, tampoco resta virtualidad a la calificación de la práctica como un cártel."

Los ocho miembros del grupo se pusieron de acuerdo en las reuniones semestrales en los incrementos y las fechas en que las iban a hacer, permitiendo a cada miembro del grupo realizar las subidas sin temor a una afectación de su cuota. Además la frecuencia de reunión semestral permitía al cártel un control completo sobre el comportamiento de los miembros y corregir sin demora cualquier desviación que pudiera producirse."

Por tanto acreditada la existencia del cártel, la aplicación del programa de clemencia es procedente, por lo que procede desestimar el referido motivo.

**DÉCIMO:** En cuarto lugar se alega que la Dirección de Investigación obtuvo en la inspección de Barcelona, un informe de un despacho de abogados protegido por el secreto profesional de las comunicaciones abogado-cliente, lo que constituye una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones entre abogado y cliente, que vicia de nulidad todo el procedimiento.

Se manifiesta en la resolución impugnada que *" En relación con la inspección realizada el 19 de junio de 2008 en la sede de STANPA en Barcelona, este Consejo, atendiendo a motivos de estricta prudencia, no va a tomar en consideración la documentación obtenida en la inspección, que por otra parte no resultan necesarios para constatar la existencia de la infracción imputada, dada la importante documentación probatoria aportada por los demandantes de exención y por la obtenida en las inspecciones a otros imputados y en la instrucción del expediente, tal y como se recoge en los Hechos Probados ."*

Esta Sala ya ha mantenido, que la confidencialidad de las relaciones abogado-cliente no constituye un derecho fundamental autónomo, sino un elemento integrante del derecho de defensa recogido en el artículo 24 de la Constitución y que siempre que no se acredite por el interesado que el uso concreto de la información obtenida efectuado por la CNC le pueda ocasionar indefensión, no puede apreciarse la infracción del artículo 24 CE . Es decir, que la simple obtención o copia de este tipo de documentos no ocasiona por sí sola indefensión, si no se emplea como elemento probatorio en un procedimiento sancionador. ( Sentencia de fecha 30-09-09. Rec. nº 3/2008 ).

En el presente caso, si bien es cierto que la inspección a Stanpa en Barcelona el día 19 de junio de 2008 fue declarada nula por el TS en su sentencia de fecha 27 de abril de 2012 recaída en el rec. casación nº 6552/09 , lo cierto es que el referido documento denominado *Memorándum*, no fue incorporado al expediente S/0086/08, por lo que no ha sido utilizado como prueba de cargo contra L?OREAL por lo que no se puede hablar de vulneración de su derecho de defensa.

Sigue diciendo la resolución impugnada que *" El hecho de que el citado informe, en su versión digital, fuese trasladado a las dependencias de la CNC se debe a que, a pesar de que se solicitó expresamente a los representantes de la empresa la identificación, entre la documentación recabada en la inspección (tanto en formato papel como electrónico), de aquellos documentos que pudieran estar protegidos por la confidencialidad de las relaciones entre abogado-cliente o que pudieran afectar a la intimidad del personal de la empresa, el mismo no fue identificado . Por el contrario, cuando la empresa inspeccionada ha justificado que alguno de los documentos detectados tenía naturaleza de comunicación entre abogado y cliente, como es el caso de la versión de dicho informe en formato papel, la Dirección de Investigación ha procedido a su devolución."*

Además se añade: *"Como ha señalado este Consejo, en su Resolución 17 de julio de 2008 "la protección de la confidencialidad en la relación abogado-cliente exige de la empresa un comportamiento activo, que comunique y razone adecuadamente ante la Dirección de Investigación los motivos por los que dicho documento se encuentra protegido y por los que el simple acceso al mismo para su análisis somero causaría indefensión al afectado. Sostener lo contrario, es decir, que el simple acceso a un documento confidencial constituye por sí mismo una violación del derecho de defensa, sin exigir ninguna obligación a la empresa afectada, además de contradecir la jurisprudencia europea alegada llevaría al absurdo de hacer más favorable a la empresa el silencio que la diligencia, ya que permitir a la CNC acceder a tales documentos, sin advertirle de su carácter confidencial, podría servir para lograr la anulación de toda la inspección "*.

Por lo que tal motivo debe ser desestimado.

**UNDÉCIMO :** Alega la actora la infracción del principio de legalidad y de tipicidad. Esta cuestión ya fue resuelta en la sentencia de fecha 12 de marzo de 2013 en los siguientes términos:

*"Ha quedado acreditado que los intercambios de información entre competidores llevados a cabo en el seno de G8, por su propia naturaleza afectan gravemente a la competencia y constituyen por tanto, una infracción por objeto del artículo 1 de la LDC , ya que las empresas por el mero intercambio de dicha información estratégica, y más en un periodo además tan largo de tiempo, están sustituyendo de forma consciente los riesgos de la competencia por la cooperación. Y es anticompetitivo porque dicho intercambio en sí mismo, facilita que los competidores fijen precios más altos sin el riesgo de perder cuota de mercado, sin que sea necesario demostrar que los precios se han incrementado.*

*Señala la resolución impugnada que "El Consejo coincide por tanto con la DI en que nos encontramos ante una conducta que tiene por objeto disminuir la competencia y que objetivamente tiene aptitud para hacerlo, por lo que no sería necesario entrar a analizar los posible defectos de la misma. En primer lugar el Consejo quiere poner de manifiesto que en este caso, en el que se ha acreditado una concertación entre las empresas que copan el 70% del*



mercado y que llevan concertadas desde los años ochenta, resulta muy difícil encontrar el precio de mercado no distorsionado a efectos de comparar cual ha sido el incremento de precios producido por la concertación o cual sería el precio de no existir la concertación. Por lo que se refiere al Informe de PriceWaterhouseCooper, tanto la propia STANPA como COLOMER, MONTIBELLO alegan, que la DI no ha tenido suficientemente en consideración las conclusiones en relación al funcionamiento procompetitivo del mercado. MONTIBELLO además lamenta que la Dirección de Investigación no haya realizado un estudio econométrico para comparar la situación, del mercado en presencia de mecanismos colusorios, con la que resultaría de la competencia entre empresas.

Pues bien, el Consejo ha analizado el informe y es de la opinión de que no permite concluir el efecto de la conducta sobre los precios por diversos motivos. Con el fin de demostrar que los incrementos de las tarifas anunciados no se han aplicado, el informe compara los incrementos de tarifas anunciados con los incrementos de tarifas reales. El informe, tras laboriosas correlaciones, concluye que los precios han aumentado menos de lo anunciado. Sin embargo, en ningún caso puede admitirse que el hecho de que hayan aumentado menos de anunciado sea síntoma de que la evolución de precios sea el resultado de un comportamiento competitivo

También analiza el informe la dispersión de los precios de los productos de peluquería profesional y los compara con los de gran consumo, lo que a los efectos que estamos analizando no es relevante puesto que el mercado que estamos analizando hace largo tiempo que es un entorno colusorio.

Finalmente, el informe estima un modelo econométrico para valorar específicamente si el intercambio de la información ha tenido algún impacto sobre los precios, pero una vez más compara precios de los años 2000, 2003 o 2004 con años anteriores en los que también estaba funcionando el cártel.

Por tanto el informe aportado no arroja ninguna luz sobre los posibles efectos de la conducta sobre los precios. Todo ello sin perjuicio de que la conducta tenga aptitud para afectar a la competencia en el mercado.

En todo caso una vez demostrado el objeto anticompetitivo, no es preciso constatar si la práctica tuvo o no efectos y solo sería relevante a la hora de determinar el importe de la multa que proceda en cada caso, pero no para su calificación jurídica. La mera intención de fijar los precios con aptitud para restringir su libre determinación, y el intercambio de información operado para ello, es lo suficientemente dañino y potencialmente pernicioso como para justificar una actuación contundente del órgano encargado de supervisar la defensa de las normas de competencia.

Y la larga trayectoria del acuerdo del G8, y por tanto la afectación de la competencia del mercado, impide un cálculo de los posibles efectos que en todo caso pueden presumirse."

Efectivamente, es muy difícil valorar qué precios serían los derivados de una competencia razonable en un supuesto como el presente en el que la existencia del cártel y el intercambio de información se lleva realizando desde 1989. Y en este sentido, como dice el Abogado del Estado, el citado informe hace afirmaciones sobre evolución de precios que de ninguna manera pueden sostenerse teniendo en cuenta el funcionamiento del cártel y añadimos, la implicación de empresas que copan el 70% del mercado afectado."

**DUODÉCIMO:** Inexistencia de una infracción única y continuada. Dice la actora que no nos encontramos ante un supuesto de infracción continuada, debiendo diferenciarse dos tipos de actuaciones, la que abarca desde 1989 hasta el año 2004, periodo en el que el intercambio de información supuestamente contrario a la normativa de defensa de la competencia se llevaba a cabo de manera mucho más generalizada y la comprendida entre 2004 y 2007 cuando dicho intercambio de información se hacía a través de la asociación Stanpa. Considera que se trata de actuaciones de distinta naturaleza y características, que no respondían a la ejecución de un plan preconcebido ni se aprovechaban de una idéntica ocasión, por lo que habiendo finalizado en el año 2004 la primera de tales supuestas infracciones, ello determina que la misma esté prescrita.

Ya dijimos en el recurso 172/11 que: " La Sala no puede compartir dicha alegación debiendo afirmar por el contrario la existencia de una continuidad de la infracción, dado que existía un claro propósito inicial y renovado de intercambiar periódicamente información comercial sensible con el objeto de restringir y falsear la competencia en el mercado.

Efectivamente consta que ocho grandes empresas, que según está acreditado y reconocido por las partes abarcan el 70% del sector de peluquería profesional, coordinaron sus actuaciones desde febrero de 1989 hasta febrero de 2008, a través de reuniones regulares, estables y sistemáticas que eran organizadas por turno rotatorio dos veces al año, generalmente en los meses de febrero y septiembre, entre las empresas del G8, que no varió con la incorporación de STANPA al cártel, aunque a partir de ese momento el staff de STANPA solicitaba la información previamente a la reunión y la organizaba para su presentación en la misma y posterior distribución, cosa que antes hacía la empresa que le tocaba la organización. Por tanto, los hechos acreditan el perfecto funcionamiento del acuerdo entre las empresas del G8 para intercambiar información y para hacerlo de forma

que todas y cada una de las participantes, sin importar el tamaño o su importancia en el mercado, tuvieran la misma responsabilidad en la ejecución del acuerdo.

El funcionamiento del G8 desde 1989 fue el siguiente: los representantes de las 8 empresas se reunían semestralmente e intercambiaban información, bien directamente durante la reunión, a la vista de cada una de ellas, o después, a través del "panel de fabricantes" o "panel de datos de intercambio por familias agregado", que con carácter previo a la reunión y con los datos que le remitían las empresas era elaborado por un Censor Jurado de Cuentas (o por STANPA a partir de 2003) y cuya información agregada la tenían disponible en el momento de la reunión. La información intercambiada en la reunión era después repartida, junto con el acta, de forma que cada empresa disponía de la información aportada por las demás empresas del G8 también por escrito. La información se remitía por fax o carta hasta 2001 y por correo electrónico a partir de esta fecha.

Por lo que se refiere a la información que compartían, desde la primera reunión se intercambió información sobre incremento de precios recientes y previsión de incremento de precios en el futuro y en qué fecha, siendo reclamada dicha información por la empresa responsable de la organización de dicha reunión si alguna empresa no la comunicaba en la reunión para distribuirla posteriormente al resto del grupo. Estos datos se intercambiaban mediante la remisión, no negada por las empresas, de "paneles" con distintos formatos, distinguiendo el "Panel de datos de intercambio", el "Panel de datos de intercambio por familias de producto resumido", el "Panel de datos de intercambio por familias de producto agregado" (o "Panel de fabricantes") y el "Panel provincial".

Asimismo hay referencias en las actas de las reuniones acerca de un acuerdo de no captación de personal de sus vendedores por parte de personal de otras compañías, también denominado "Pacto de caballeros".

El cártel en el sector de la peluquería profesional formado por el G8 estuvo funcionando de forma regular y estable hasta su disolución. En los casi veinte años de existencia no varió sustancialmente, en todo caso y tras la entrada en el mismo de la Asociación STANPA se hizo aún más transparente puesto que se mantuvieron los procedimientos pero se intercambiaban por escrito los datos desagregados de cada una de las empresas, a través de la información facilitada por STANPA a dichas empresas, incorporando a las tablas la información de cada una de las empresas del G8, STANPA además preparaba y distribuía presentaciones con los resultados de los paneles.

En consecuencia, debemos mantener la afirmación de la existencia de la infracción continuada que hace la resolución impugnada rechazando la invocación de prescripción que hace la actora al entender que la misma concurre por considerar que cada hecho aislado debe ser valorado con arreglo a su momento de realización.

**DÉCIMOTERCERO:** Y en cuanto a la responsabilidad de la actora el artículo 63 de la Ley 15/2007, dice que " los órganos competentes podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones... que deliberadamente o por negligencia infrinjan lo previsto en la presente Ley las sanciones...".

Las reuniones que las empresas del G8 desde 1989 y la coordinación de sus estrategias semestralmente fueron llevadas a cabo con pleno conocimiento de lo que estaban haciendo por parte de la alta dirección de las empresas. Como ha quedado acreditado, la representación en las reuniones del Grupo era de un rango de responsabilidad elevada y aunque la actora alegue como causa de exoneración de su responsabilidad, que ha actuado siempre conforme a una interpretación razonable de la norma, resulta -como dice la CNC-, cuando menos sorprendente que empresas de la talla de la imputadas, incluidas multinacionales, puedan alegar que no sabían que era contrario a las normas de competencia el reunirse de forma habitual 8 empresas para intercambiar información y acordar estrategias, por lo que dicho alegato debe ser desestimado.

La resolución impugnada señala que " las empresas imputadas, entre ellas, la actora han cometido una infracción del artículo 1 de la LDC al formar un cártel mediante el establecimiento de un sistema estable de intercambio de información sensible.

De acuerdo con el artículo 62.4 de la LDC, esta infracción es calificada de muy grave y acreedora de una sanción de hasta el 10 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio anterior al de la imposición de la multa.

Los criterios del artículo 64 para la determinación del importe de las sanciones se remiten a la dimensión y características del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa o empresas responsables, el alcance y duración de la infracción y en su caso, los efectos sobre los derechos legítimos de consumidores y usuarios y de otros operadores económicos.

Por tanto a la hora de calcular la sanción, el Consejo debe de tener en cuenta que nos encontramos ante una de las infracciones más graves contra la competencia y que la conducta incide de forma directa sobre todo el mercado español de productos para peluquería profesional, en el que se ha desarrollado, porque las empresas infractoras realizan un 70% del negocio de este mercado. Además la conducta que se ha mantenido de forma



*ininterrumpida durante un periodo de casi 20 años. Por lo cual, de acuerdo con los criterios de la LDC, estaríamos ante una conducta infractora que por su gravedad, duración y por afectar a todo el mercado en el que ha tenido lugar, es acreedora de una sanción elevada dentro de las previstas para las infracciones muy graves por el artículo 63.1 c) de la LDC.*

*Además de los criterios de la LDC, este Consejo tiene en cuenta asimismo la consideración del Tribunal Supremo según el cual este Consejo a la hora de fijar la multa ha de tener, "...como criterio rector para este tipo de valoraciones sobre la adecuación de las sanciones a la gravedad de los hechos, que la comisión de las infracciones anticoncurrenciales no debe resultar para el infractor más beneficiosa que el cumplimiento de las normas infringidas".*

*Para el cálculo de la multa el Consejo ha tenido en cuenta los ingresos antes de impuestos, que las empresas han comunicado, obtenidos por las imputadas en el mercado de peluquería profesional a lo largo de los veinte años en que el cártel ha estado funcionando y ha aplicado la Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones, publicada en el año 2009, en la que, en aras de la transparencia y la seguridad jurídica, esta CNC dio a conocer los criterios que tenía pensado aplicar en el cálculo de las multas en cumplimiento de los criterios de la LDC y al objeto de potenciar el efecto disuasorio de las mismas...*

*Por lo que se refiere al techo de la multa que el artículo 63.1. c) establece en el 10 % del volumen de negocios total de la empresa infractora, en el año anterior al de la imposición de la multa, el Consejo ha tomado los datos aportados por las imputadas del ejercicio 2009, últimas cuentas cerradas.*

*Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, el Consejo considera que las cuantías de las multas, que de acuerdo con las disposiciones sancionadoras de la LDC cumplen los principios de proporcionalidad y disuasión son las siguientes:*

*L'OREAL una multa de 23.201.000?.*

*La cuestión ahora planteada ha sido tratada detenidamente en la sentencia de fecha 7 de marzo de 2014 dictada en el recurso 670/11 , a la cual nos remitimos. Decíamos en la referida resolución que ahora reproducimos, lo siguiente:*

*"Veamos en primer lugar la dicción literal de los preceptos que determinan la sanción:*

*El artículo 10 de la Ley 16/1989 establece:*

*"1. El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7, o dejen de cumplir una condición u obligación prevista en el artículo 4.2, multas de hasta 150.000.000 de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 % del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal."*

*Y el artículo 63 de la Ley 15/2007 determina:*

*"1. Los órganos competentes podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley las siguientes sanciones: a. Las infracciones leves con multa de hasta el 1 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa. b. Las infracciones graves con multa de hasta el 5 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa. c. Las infracciones muy graves con multa de hasta el 10 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa."*

*Analizaremos estos preceptos, idénticos entre sí en relación con las infracciones muy graves, desde los parámetros señalados, así como la naturaleza del porcentaje del 10%.*

*En el ámbito del Derecho Europeo el Reglamento CEE 1/2003 determina en su artículo 23.2 :*

*"2. Mediante decisión, la Comisión podrá imponer multas a las empresas y asociaciones de empresas cuando, de forma deliberada o por negligencia: a) infrinjan las disposiciones del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado; b) contravengan una decisión que ordene la adopción de medidas cautelares adoptada en virtud del artículo 8 del presente Reglamento; c) no respeten un compromiso dotado de fuerza vinculante por decisión, con arreglo al artículo 9 del presente Reglamento.*

*Por cada empresa o asociación de empresas que participen en la infracción, la multa no podrá superar el 10 % del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior.*



*Cuando la infracción de una asociación esté relacionada con las actividades de sus miembros, la multa no podrá ser superior al 10 % del importe global del volumen de negocios total de cada uno de los miembros que opere en el mercado cuyas actividades se vean afectadas por la infracción de la asociación."*

*En la sentencia de 12 de diciembre de 2012, el Tribunal General afirma:*

*"160 Por otro lado, se desprende igualmente de reiterada jurisprudencia que el artículo 23, apartado 2, del Reglamento n° 1/2003 no exige que en el supuesto de que se impongan multas a varias empresas implicadas en una misma infracción, el importe de la multa impuesta a una empresa pequeña o mediana no sea superior, en porcentaje de volumen de negocios, al de las impuestas a las empresas más grandes. En realidad, de dicho precepto se desprende que, tanto en el caso de las empresas pequeñas o medianas como en el de las de mayor tamaño, procede tener en cuenta, para calcular el importe de la multa, la gravedad y la duración de la infracción. En la medida en que la Comisión imponga a cada una de las empresas implicadas en la misma infracción una multa que esté justificada en función de la gravedad y en la duración de la infracción, no puede reprochársele que las cuantías de las multas de algunas de ellas sean superiores, en porcentaje del volumen de negocios, a las de las otras empresas ( sentencias del Tribunal de 5 de diciembre de 2006, Westfalen Gassen Nederland/Comisión, T-303/02, Rec. p. II-4567, apartado 174, y de 28 de abril de 2010, Gütermann y Zwicky/Comisión, T-456/05 y T-457/05, Rec. p. II-1443, apartado 280).*

*161 En lo que atañe a la alegación de la demandante basada en el hecho de que el importe de la multa que se le impuso era muy cercana al límite máximo del 10 % del volumen global de negocios (véanse los apartados 152 y 153 supra) procede señalar que parece desconocer la naturaleza de este límite. En efecto, la cuantía correspondiente al 10 % del volumen global de negocios de un participante en una infracción a las normas de la competencia no es, a diferencia de lo que parece creer la demandante, una multa máxima, que sólo debe imponerse en el caso de las infracciones más graves. Según la jurisprudencia, se trata más bien de un umbral de nivelación que tiene como única consecuencia posible reducir hasta el nivel máximo autorizado el importe de la multa calculado en función de los criterios de gravedad y duración de la infracción. La aplicación de este límite permite que la empresa implicada no pague la multa que en principio le correspondería abonar en virtud de una estimación basada en tales criterios (sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en el apartado 47 supra, apartado 283).*

*162 El Tribunal de Justicia también ha declarado que este límite no prohíbe que la Comisión utilice en sus cálculos de la multa un importe intermedio superior a dicho límite. Tampoco prohíbe que las operaciones de cálculo intermedias que toman en consideración la gravedad y la duración de la infracción se realicen sobre un importe que supere dicho límite. Si resultara que, al finalizar los cálculos, el importe final de la multa debe reducirse a un nivel que no sobrepase el mencionado límite superior, el hecho de que ciertos factores, tales como la gravedad y la duración de la infracción, no repercutan de manera efectiva en el importe de la multa impuesta es una mera consecuencia de la aplicación de dicho límite superior al importe final (sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en el apartado 47 supra, apartados 278 y 279).*

*163 De ello se desprende que, el mero hecho de que la multa impuesta a la demandante se halle cerca del umbral del 10 % de su volumen de negocios, en tanto que el porcentaje es inferior para otros participantes en el cártel, no puede constituir una vulneración del principio de igualdad de trato o de proporcionalidad. En efecto, esa consecuencia es inherente a la interpretación del umbral del 10 % exclusivamente como un umbral de nivelación, que se aplica tras una eventual reducción del importe de la multa en razón de circunstancias atenuantes o del principio de proporcionalidad ( sentencia del Tribunal de 16 de junio de 2011, Putters International/Comisión, T-211/08, Rec. p. II-0000, apartado 74).*

*164 Por el mismo motivo, el mero hecho de que, debido a la aplicación de este umbral, incluso en el supuesto de una infracción todavía más grave, no se impondría a la demandante una multa significativamente superior, no demuestra que el importe de la multa que le impuso la Decisión impugnada sea desproporcionado. En todo caso, procede señalar, más generalmente, que la apreciación del carácter desproporcionado o no del importe de la multa impuesta a una empresa por una infracción de las normas de la competencia no puede realizarse sobre la base de una comparación entre la multa efectivamente impuesta y la que debería haberse impuesto por una infracción hipotéticamente más grave, puesto que se supone que las empresas han de respetar las normas de la competencia y no infringirlas. Procede señalar, además, que para justificar la tesis de que la infracción que cometió no era tan grave como habría podido serlo, la demandante reitera alegaciones que, según se desprende de los apartados 86 a 89 y 97 a 106 anteriores, deben desestimarse por infundadas."*

*Fuera de toda duda la prevalencia del Derecho europeo sobre el nacional en virtud de cesión de soberanía, reiteradamente declarado por el Tribunal de Luxemburgo ya desde la sentencia Costa vs Enel, y, posteriormente, sentencia Simmental y sentencia Kreil. Ahora bien, hemos de señalar desde ahora que el Reglamento CEE 1/2003 regula, en lo que nos interesa, la atribución de competencias sancionadoras a la Comisión, y desde tal*



presupuesto ha de entenderse la interpretación de la naturaleza del límite del 10% que realiza el Tribunal General en la sentencia parcialmente transcrita.

La prevalencia del Derecho Europeo no implica que el esquema de atribución de competencias a la Comisión en materia de Defensa de la Competencia, implique su traslado automático a los órganos nacionales de Defensa de la Competencia, dada su diferente naturaleza y ámbito de actuación:

a) Respecto a la naturaleza, no puede calificarse a la Comisión de órgano administrativo equiparable a los del Derecho español. Basta ver las funciones que le vienen atribuidas en el TFUE para sostener tal afirmación, entre otros en el artículo 289 (El procedimiento legislativo ordinario consiste en la adopción conjunta por el Parlamento Europeo y el Consejo, a propuesta de la Comisión, de un reglamento, una directiva o una decisión), o en el artículo 290 (Un acto legislativo podrá delegar en la Comisión los poderes para adoptar actos no legislativos de alcance general que completen o modifiquen determinados elementos no esenciales del acto legislativo).

b) En cuanto al ámbito de actuación, el Reglamento CEE 1/2003 determina en su artículo 4 :

"A efectos de la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, la Comisión dispondrá de las competencias previstas en el presente Reglamento."

A continuación, el Reglamento regula las competencias de la Comisión. Entre estas competencias destaca la sancionadora en los términos del artículo 23 del Reglamento.

Debemos concluir que la organización de las facultades sancionadoras y su atribución a un órgano administrativo nacional no han de coincidir, en virtud del principio de prevalencia, con el alcance y facultades que el Reglamento CEE otorga a la Comisión. Y ello resulta de dos elementos:

a) el artículo 23 atribuye las facultades sancionadoras a la Comisión sin remisión a las autoridades nacionales en cuanto a su ejercicio, y por ello la facultad de sancionar en los términos recogidos en el reglamento solo es aplicable a la Comisión;

b) No así respecto de la aplicación de las normas que configuran las infracciones en los artículos 101 y 102 del TFUE - antes 81 y 82 -, como expresamente resulta del artículo 5 del Reglamento CEE 1/2003 :

"Las autoridades de competencia de los Estados miembros son competentes para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado en asuntos concretos. A tal efecto, ya sea de oficio, ya previa denuncia de parte, podrán adoptar las decisiones siguientes:

- orden de cesación de la infracción,- adopción de medidas cautelares,- aceptación de compromisos,- imposición de multas sancionadoras, de multas coercitivas o de cualquier otra sanción prevista por su Derecho nacional."

Resulta clara que la tipificación europea de las conductas contrarias a la libre competencia vinculan a las autoridades nacionales - sin perjuicio de la facultad del artículo 3 del Reglamento "Lo dispuesto en el presente Reglamento no impedirá a los Estados miembros adoptar y aplicar en sus respectivos territorios legislaciones nacionales más estrictas en virtud de las cuales se prohíban o penalicen con sanciones determinados comportamientos que las empresas adopten de forma unilateral." -; pero también resulta claro que la imposición de las multas sancionadoras se rige por el Derecho nacional.

Así cosas, la interpretación de la naturaleza del límite del 10% de sanción a que se refieren los artículos 10 de la Ley 16/1989 y 63 de la Ley 15/2007 , ha de hacerse conforme a la legislación nacional española; y a tal efecto, es esencial la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de legalidad consagrado en el artículo 25 de la Constitución .

En este punto hemos de recordar lo dicho en la sentencia del TC 100/2003, de 2 de junio de 2003 :

"El punto de partida de esta síntesis ha de ser la doctrina expresada por la STC 42/1987, de 7 de abril . En esta Sentencia se dice lo siguiente respecto del contenido del art. 25.1 CE : «El derecho fundamental así enunciado incorpora la regla *nullum crimen nulla poena sine lege*, extendiéndola incluso al ordenamiento sancionador administrativo, y comprende una doble garantía.

La primera, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto, como este Tribunal ha señalado reiteradamente, el término 'legislación vigente' contenido en dicho art. 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora» (loc. cit., FJ 2). Recientemente hemos hecho hincapié



en esta doble garantía en las SSTC 133/1999, de 15 de julio, FJ 2 ; 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 6 ; 25/2002, de 11 de febrero, FJ 4 ; 75/2002, de 8 de abril, FJ 4 ; y 113/2002, de 9 de mayo , FJ 3.

En lo que ahora estrictamente interesa debemos señalar que, supuesta la vinculación de la garantía material con el principio de seguridad jurídica, este Tribunal ha precisado que incorpora el mandato de taxatividad o de *lex certa*, «que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones» (entre otras, SSTC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3 , y 123/2001, de 4 de junio , FJ 11). Con ello hemos puesto el acento en la consideración de dicho mandato como una garantía de la denominada vertiente subjetiva de la seguridad jurídica (según la expresión utilizada en las SSTC 273/2000, de 15 de noviembre, FJ 11 , y 196/2002, de 28 de octubre , FJ 5), lo que hace recaer sobre el legislador el deber de configurar las leyes sancionadoras con el «máximo esfuerzo posible» [ STC 62/1982, de 15 de octubre , FJ 7 c)] para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones. En palabras de la STC 116/1993, de 29 de marzo , FJ 3, la garantía material lleva consigo la exigencia de que la norma punitiva permita «predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa» [en los mismos o parecidos términos, SSTC 53/1994, de 24 de febrero , FJ 4 a); 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 3 ; 124/2000, de 19 de julio, FJ 4 ; y 113/2002, de 9 de mayo , FJ 3]. Observada desde su envés, esta garantía conlleva la inadmisibilidad de «formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador» ( STC 34/1996, de 11 de marzo , FJ 5)."

La certeza implica una determinación clara en cuanto a la sanción aplicable, estableciendo, al menos, un mínimo y un máximo, que permita graduar la sanción administrativa, ya sea aplicando, con especialidades, los criterios del Código Penal.

En cuanto a la reserva de Ley en la determinación de las sanciones administrativas, continua la citada sentencia:

"Se abre así la posibilidad de que las leyes se remitan a normas reglamentarias en este ámbito, con el límite infranqueable, en todo caso, de que dicha remisión no facilite «una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley» ( SSTC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2 ; 101/1988, de 8 de junio, FJ 3 ; 61/1990, de 29 de marzo, FJ 8 ; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 10 ; y 25/2002, de 11 de febrero , FJ 4). En definitiva, según se destaca en la STC 113/2002, de 9 de mayo , FJ 3, reiterando lo ya dicho en el fundamento jurídico 3 de la STC 305/1993, de 25 de octubre , «el art. 25 de la Constitución obliga al legislador a regular por sí mismo los tipos de infracción administrativa y las sanciones que les sean de aplicación, sin que sea posible que, a partir de la Constitución, se puedan tipificar nuevas infracciones ni introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes por una norma reglamentaria cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado o delimitado por otra con rango de Ley»."

Por ello, los criterios de la CNC en cuanto a la aplicación de las sanciones, puede alcanzar a una graduación dentro de la previsión legal, lo que el TC denomina "cuadro de las existentes".

Interpretar los artículos 10 y 63 en el sentido de que el 10% del volumen de negocios opera exclusivamente como límite a la cuantificación de las sanciones que la CNC pueda imponer, de suerte que tal órgano administrativo es libre de aplicar cualesquiera porcentajes sobre el valor de las ventas de los bienes y servicios en relación directa o indirecta con la infracción, contradice frontalmente el principio de *Lex certa* y reserva legal, respecto de las sanciones administrativas que recoge el artículo 25 de la Constitución en la interpretación que de este precepto nos da el TC.

La literalidad de los artículos 10 de la Ley 16/1989 y 63 de la Ley 15/2007 , permite su interpretación según los parámetros señalados por el TC, lo que hace improcedente plantear la cuestión de inconstitucionalidad de la Ley, solo posible cuando la norma legal no permita una interpretación conforme a la Constitución.

En conclusión hemos de señalar:

a) Una interpretación del límite del 10% conforme a la Constitución, exige entender que el mínimo de la sanción será el 0% y el máximo el 10% debiendo graduarse la multa dentro de esta escala, según las agravantes y atenuantes concurrentes, valorando su duración y gravedad, desde la perspectiva de la escala establecida por el legislador de 2007, respecto de las infracciones leves - hasta el 1% -, de las graves - hasta el 5% -, y de las muy graves - hasta el 10% -. Nada impide que las respectivas multas se fijen en atención a toda la escala, pero razonando en cada caso la concreta gravedad en la conducta de cada infractor que justifique la fijación del concreto porcentaje.

b) Las amplias facultades que el Reglamento CEE 1/2003 otorga a la Comisión en la graduación de las sanciones, no son trasladables a la CNC, de una parte, porque el Derecho Europeo no se las concede, de otra parte, porque el

*Derecho español lo impide por rango constitucional, y, por último, porque no existe semejanza entre la naturaleza jurídica de la Comisión y de la CNC.*

*La Disposición Adicional Tercera de la Ley 15/2007 dispone:*

*"La Comisión Nacional de la Competencia podrá publicar Comunicaciones aclarando los principios que guían su actuación en aplicación de la presente Ley. En particular, las Comunicaciones referentes a los artículos 1 a 3 de esta Ley se publicarán oído el Consejo de Defensa de la Competencia."*

*Del contenido anterior, se concluye que la CNC en sus comunicaciones puede aclarar los principios que guían su actuación en aplicación de la Ley, pero ello no implica una habilitación para fijar las sanciones.*

*Por ello la Sala ha concluido en otros recursos en los que se planteaba el actual problema, que el límite del 10% es el máximo de la sanción que puede imponerse, y no, como se ha discutido, y a ello hace referencia la respuesta del Sr. Abogado del Estado a la cuestión planteada por la Sala; un umbral de nivelación que fija el máximo al que puede ascender la sanción, porque tal interpretación, implica necesariamente que la Ley no ha fijado la escala de sanciones, lo que sería contrario al principio de reserva legal establecido en el artículo 25 de la Constitución, en los términos examinados.*

*La única interpretación conforme a la Constitución, es admitir que el artículo 63 de la Ley 15/2007 - y antes el 10 de la Ley 16/1989 -, fijan una escala de sanciones y no tan sólo un umbral de nivelación que dejaría huérfana de regulación legal las sanciones aplicables.*

*En este sentido se expresó la sentencia del TS de 6 de marzo de 2003 al señalar que no se observaba vicio de inconstitucionalidad en el artículo 10 de la Ley 16/1989, pues entendió que tal artículo señalaba el máximo de multa pecuniaria, y admitía la posibilidad de una graduación razonada atendiendo también a los criterios legalmente establecidos.*

*NOVENO: Resuelta la naturaleza del límite del 10%, hemos de determinar sobre la base que ha de aplicarse.*

*El artículo 10 de la Ley 16/1989 determinaba:*

*"... multas de hasta 150.000.000 de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 % del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal."*

*El artículo 63 de la Ley 15/2007 :*

*"Las infracciones muy graves con multa de hasta el 10 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa."*

*Queda fuera de duda el parámetro temporal dada la claridad de los preceptos ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa, la referencia lo es al volumen de negocios del año anterior a la fecha de la Resolución de la CNC.*

*Se plantean, sin embargo, problemas de interpretación en el concepto "...volumen de ventas..." o "... volumen de negocios total...": y ello, porque la empresa infractora puede realizar actividades económicas variadas, o, lo que es lo mismo, operar en distintos sectores económicos. Es necesario determinar si el volumen de negocios lo es en todas las actividades económicas, tengan o no relación con la infracción, que realice la empresa infractora.*

*Desde este punto de vista cabe entender que volumen de negocios total, viene referido a la total actividad económica de la empresa infractora en todas sus ramas de actividad, o el volumen de negocios total en la rama de actividad en la que se ha producido la infracción.*

*Para determinar el sentido de la norma atenderemos:*

- a) la proporcionalidad: tomar las totales actividades de la empresa, aún aquellas ajenas al ámbito de la infracción, no es proporcional a la infracción reprimida,*
- b) finalidad de la norma: consiste en la reprensión de las conductas contrarias a la libre competencia, en el ámbito donde se produzcan, y*
- c) ámbito de la vulneración: el sector afectado por la conducta es el parámetro de protección de la libre competencia.*

*Todo ello nos lleva a concluir que el volumen de negocios total sobre el que ha de aplicarse el porcentaje para determinar la cuantía de la multa, ha de venir referido al ámbito de actividad económica de la empresa, en el que se ha producido la infracción, esto es, al ámbito del mercado directa o indirectamente afectado por la infracción.*

*Este es también el criterio seguido por la Comisión al que se refiere la sentencia de 12 de diciembre de 2012 del Tribunal General antes citada:*

"21 En primer lugar, la Comisión determina un importe de base para cada empresa o asociación de empresas. A tal efecto, la Comisión utiliza el valor de las ventas de bienes o de servicios realizadas por la empresa, en relación directa o indirecta con la infracción, en el sector geográfico correspondiente (apartado 13). El importe de base de la multa se vincula a una proporción del valor de las ventas, determinada en función del grado de gravedad de la infracción, multiplicada por el número de años de infracción (apartado 19). Los períodos de más de seis meses pero de menos de un año se cuentan como un año completo (apartado 24). Por regla general, la proporción del valor de las ventas que se tendrá en cuenta puede alcanzar hasta el 30 % (apartado 21)."

La vinculación del valor de las ventas de bienes o servicios en relación directa o indirecta con la infracción en el sector geográfico correspondiente, es precisamente el parámetro establecido para la determinación de las sanciones que deben imponerse, pero como en nuestro Derecho esas sanciones han de venir establecidas por la Ley - y el Reglamento CEE 1/2003, en su artículo 5 remite la imposición de las sanciones al Derecho interno -, el parámetro del mercado afectado directa o indirectamente por la infracción ha de venir referido al cuadro de sanciones del artículo 63 de la Ley 15/2007 .

El artículo 3 del Código Civil establece:

"1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas."

El criterio gramatical no es suficiente para resolver el problema, pues el precepto de aplicación se refiere al volumen de negocios total de la empresa infractora, pero sin especificar a) si el volumen de negocios total lo es en todas las ramas de actividad o tan sólo en la afectada, b) si el concepto de empresa viene referido a la "unidad patrimonial autónoma y compleja" a través de la cual se realiza la actividad económica, a la personalidad jurídica de la entidad infractora o al grupo empresarial en que se integra de existir éste. Lo que resulta claro, es que se excluye de la base para la imposición de la sanción el concepto de volumen de operaciones afectadas por la infracción, pues el concepto de "volumen de negocios total" no puede incluir tan solo las operaciones afectadas por la infracción sino que ha de ser más amplio, precisamente porque se señala el término "total"

No es el criterio gramatical suficiente para solucionar el problema jurídico que se plantea, pues los conceptos que contiene el precepto admiten, desde el punto de vista jurídico, diversas acepciones y delimitaciones; por tal razón hemos acudido "al espíritu y finalidad" de la norma para la delimitación del concepto que encierra y que es, precisamente, la base sobre la que debe aplicarse la sanción.

Por último, hemos de señalar, de una parte, que la interpretación normativa ha de venir resuelta por parámetros de prevalencia del Derecho europeo y de constitucionalidad en primer término, que deben operar con preferencia a la voluntad del legislador, pues tanto el Derecho Europeo como la Constitución son normas prevalente a las de rango de Ley. De otra parte, el supuesto en que una empresa haya cesado en su actividad con anterioridad al año anterior a la Resolución de la CNC, es irrelevante, pues en tal caso, tampoco podría aplicarse el 10% como umbral de nivelación, y, en todo caso, el criterio temporal de la norma es claro.

Aplicando esta doctrina al caso de autos, el máximo de la sanción lo es el 10% del volumen de negocios del ejercicio anterior, en el ámbito en el que se produjo la infracción...

De lo expuesto resulta la estimación parcial del recurso, en cuanto la conducta enjuiciada es contraria a la libre competencia, pero la sanción impuesta ha de ser anulada."

Pronunciamiento que debe ser aquí reiterado sin que la alegación de vulneración del principio de confianza legítima pueda prosperar en el sentido de que participó en el sistema de información convencida de que no era contrario a las normas de la competencia, porque no había sido sancionada durante los largos años en que estuvo vigente y porque se llevo a cabo de manera no secreta. Pero lo cierto es que fue necesaria la participación en un programa de clemencia para descubrir la existencia del cartel y que las conductas imputadas dirigidas a control del mercado nunca fueron puestas de manifiesto al resto de competidores ni de las autoridades de competencia y que estuvieron en vigor durante la vigencia de la LDC de 1989 que preveía las autorizaciones singulares.

**DÉCIMOCUARTO:** En último lugar L?OREAL considera que no cabe imputar responsabilidad alguna a la matriz por la participación de la filial en el sistema de intercambio de información.

Dice la actora que con anterioridad a la resolución de 2 de marzo de 2011 L?Oreal SA no recibió notificación alguna de la CNC que le imputara una infracción del derecho de la competencia lo que constituye una infracción de su derecho de defensa y de las garantías constitucionales reconocidas en el art. 24.2 de la CE .

L?OREAL señala en particular, que el funcionamiento y características del mercado español impiden que la matriz pueda ejercer una influencia decisiva en la política comercial de la filial; que L?OREAL gestiona sus



actividades de forma descentralizada, ya que ni las cuentas anuales, ni el plan de negocios, ni el presupuesto anual de L'OREAL se someten a la aprobación del Grupo L'ORÉAL y que la política comercial (elección de productos, canales de distribución, tareas de marketing y determinación de precios) de la filial reside exclusivamente en ella; L'OREAL goza además de independencia económica y de autonomía orgánica y estatutaria, de amplio poderes de gestión y administración, como demuestra el hecho de que a las reuniones de STANPA nunca haya acudido persona ajena a L'OREAL.

En la resolución impugnada consta en los hechos acreditados que de acuerdo con la estructura accionarial aportada por la empresa, L'ORÉAL ESPAÑA, S.A. ha pertenecido desde 1990 a los mismos accionistas aunque con ligeras variaciones. En concreto, desde 1990 hasta el 18 de diciembre de 1994, la empresa estuvo participada por Enterprises Maggi, S.A. (30,63%), L'ORÉAL, S.A. (18,37%) y Oomes, BV (51%). A partir del 19 de diciembre de 1994, los dos únicos accionistas de la empresa han sido L'ORÉAL, S.A. y Oomes, BV, variando su participación en el capital social de la empresa hasta el momento actual, en el que se sitúa en un 63,9% y el 36,1%, respectivamente. La empresa Oomes, BV es, a su vez, propiedad al 100% de L'ORÉAL S.A., empresa con domicilio social en París e inscrita en el Registre du Commerce et des Sociétés (R.C.S.) de París, siendo esta empresa francesa la cabecera del grupo L'ORÉAL en España.

L'ORÉAL ESPAÑA S.A., ha sido objeto de diversos cambios en su denominación. Hasta el 31 de diciembre de 1998 se denominó PRODUCTOS CAPILARES, S.A., pasando a denominarse L'ORÉAL HISPANIA, S.A. el 1 de enero de 1999, tras la integración de todas las sociedades del grupo L'ORÉAL en España. L'ORÉAL HISPANIA, S.A. cambió su denominación social por la de L'OREAL ESPAÑA, S.A. el 8 de septiembre de 2000.

El artículo 61.2 LDC establece:

*"A los efectos de la aplicación de esta Ley, la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas"*

Como recuerda la resolución impugnada, este precepto recoge la doctrina comunitaria, que permite imputar la responsabilidad a la sociedad matriz aunque no haya participado directamente en el acuerdo.

El fundamento de la previsión legal, que refleja la normativa comunitaria, no es otro que la doctrina de la unidad económica. En la sentencia dictada el 19 de julio de 2012 (Asuntos acumulados C-628/10P y C-14/11P Alliance One International) el Tribunal recuerda que según su jurisprudencia: *" el concepto de empresa abarca cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación. Debe entenderse ese concepto en el sentido de que designa una unidad económica aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas. Cuando una entidad económica de este tipo infringe las normas sobre la competencia, le incumbe, conforme al principio de responsabilidad personal, responder por esa infracción ( sentencias de 20 de enero de 2011, General Química y otros/Comisión, C-90/09 P, Rec. p. I-0000, apartados 34 a 36 y la jurisprudencia citada, y de 29 de septiembre de 2011, Elf Aquitaine/Comisión, C-521/09 P, Rec. p. I-0000, apartado 53)."*

El comportamiento de una filial puede imputarse a la sociedad matriz cuando, aunque tenga personalidad jurídica separada, esa filial no determina de manera autónoma su conducta en el mercado. En el caso de que una sociedad matriz participe en el 100% del capital o en la inmensa mayoría del mismo de una empresa que ha infringido las normas de derecho de la competencia existe una presunción *"iuris tantum"* de que esa sociedad matriz ejerce una influencia decisiva en el comportamiento de su filial y, por tanto se la puede considerar responsable solidaria de la conducta ya que en este caso se sanciona a la unidad económica, correspondiendo en su caso a la matriz desvirtuar dicha presunción. ( Sentencia del TJ de 10 de septiembre de 2009, asunto C-97/08 ).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha mantenido una constante línea jurisprudencial en este sentido, iniciada en la sentencia de 25 de octubre de 1.983 (AEG Telefunken) en la cual se estableció que la matriz que controla una filial al 100% debe acreditar que pese a ello esta es capaz de desarrollar una conducta autónoma, y continuadamente ha establecido que el criterio decisivo a estos efectos no es la forma jurídica que adopte la relación empresarial, sino la existencia de una unidad de comportamiento en el mercado. En la sentencia Air Liquide, el Tribunal General estableció que *"cualquier vínculo económico, legal u organizacional"* puede mostrar la existencia de este control efectivo de la matriz sobre la filial.

Conforme a la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Octava) sentencia de 16 junio 2011 En los asuntos acumulados -204/08 y T-212/08, Team Relocations NV 150) *"en el caso específico de una sociedad matriz a la que pertenece el 100% del capital social de su filial autora de un comportamiento infractor, como en el presente asunto, hay una presunción rebatible de que la matriz ejerce una influencia decisiva en la política comercial de su filial (véanse en ese sentido las sentencias del Tribunal de Justicia de 25 de octubre de 1983,*

AEG/Comisión, 107/82, Rec. p. 3151, apartado 50, y de 16 de noviembre de 2000, Stora Kopparbergs Bergslags/Comisión, C-286/98 P, Rec. p. I-9925, apartado 29, y las sentencias del Tribunal General de 20 de abril de 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, T-305/94 a T-307/94, T-313/94 a T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 y T-335/94, Rec. p. II-931, apartados 961 y 984, y de 12 de diciembre de 2007, Akzo Nobel y otros/Comisión, T-112/05, Rec. p. II-5049, apartado 62).

Esa jurisprudencia ha sido confirmada por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 10 de septiembre de 2009 (TJCE 2009, 274), Akzo Nobel y otros/Comisión (C-97/08 P, Rec. p. I-8237). "

En este caso, la parte actora no ha desvirtuado dicha presunción "iuris tantum", acreditando que no existe ni tal unidad económica ni tal influencia decisiva de la matriz en la actividad económica de la filial, por lo que igualmente debe desestimarse este motivo de recurso.

**DÉCIMOQUINTO:** El presente recurso debe estimarse en parte y por lo que se refiere a las costas a tenor de lo establecido en el artículo 139 de la LRJCA, en su redacción dada por la Ley 37/2011 de 10 de octubre, aplicable por razón de la fecha de interposición del presente recurso, no procede imponer las costas a ninguna de las partes. .

**VISTOS** los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

### FALLAMOS

Que **ESTIMANDO PARCIALMENTE** el recurso contencioso administrativo interpuesto por **L'OREAL ESPAÑA S.A. Y L'OREAL S.A.** representada por el Procurador Sr. Lanchares Perlado, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 2 de marzo de 2011**, debemos declarar y declaramos no ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada en cuanto a la sanción de multa impuesta a la recurrente, y en consecuencia **debemos anularla** y la **anulamos** en este extremo dejando sin efecto la multa impuesta a la recurrente, **ordenando** a la CNC que imponga la multa en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados, única y exclusivamente sobre el volumen de negocios 2010, determinando tal volumen según los criterios de la resolución impugnada en la delimitación del mercado afectado -peluquería profesional- y los datos aportados por la recurrente, y sin que pueda exceder la multa del 10% de los mismos, **confirmando** la Resolución en sus restantes pronunciamientos, sin expresa imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

### VOTO PARTICULAR

que formula el Magistrado D SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO, a la sentencia de dos de abril de 2014, dictada en el recurso **194/2011**.

La sentencia de la que discrepo plantea dos cuestiones vinculadas a la aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia (LDC), que deben resolverse, en mi opinión, en sentido distinto al adoptado por la mayoría:

- a) La primera: sobre la naturaleza, para fijar la multa, del porcentaje del 10% del volumen de negocios de la empresa sancionada.
- b) La segunda: sobre la base que este límite debe aplicarse.

**PRIMERO** : Por lo que respecta a la primera de las cuestiones referidas, esto es, la determinación de la naturaleza del límite del 10%, mi discrepancia se refiere al FJ 13 de la sentencia de referencia, y la formulo en los siguientes términos:

1º. En mi opinión, la distinta naturaleza jurídica de la Comisión Europea y la CNC no tiene la importancia que la sentencia le confiere, pues, aunque, sin duda, su régimen jurídico y estatuto son distintos, ambas son, en lo que a este caso afecta, organizaciones administrativas que imponen sanciones en materia de libre competencia, siendo estas sanciones de naturaleza penal a los efectos de la Convención de Roma de 4 de noviembre de 1950.



Esta doble circunstancia resulta compatible con la Convención, si dichas resoluciones son susceptibles de ser controladas por un órgano judicial independiente, que merezca tal calificación según los parámetros del artículo 6 de la Convención y que actúe con plena jurisdicción, lo que nadie cuestiona. A este respecto me remito al apartado 59 y concordantes de la STEDH de 27 de septiembre de 2011, asunto Menarini .

2º Tampoco comparto, por las razones que se exponen en los apartados siguientes, la afirmación que se hace en la sentencia, en el sentido de que cuando la normativa española ( artículo 63 LDC ) impone un límite máximo para las sanciones del 10% del volumen total de negocios de la empresa sancionada en el ejercicio anterior, dicho límite debe identificarse con el grado máximo que puede imponerse a las infracciones muy graves, y no como indica el Tribunal General, con umbral de nivelación. Según la sentencia esta interpretación sólo sería válida para la actuación de la Comisión Europea.

En caso contrario, estima la sentencia, la regulación española debería calificarse como inconstitucional por violación del artículo 25 E, lo que expresamente descarta a la vista de la jurisprudencia del TD al respecto.

3º. El Reglamento 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 sobre la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (en la actualidad artículos 101 y 102 TFUE ), en su artículo 23. 2 y 3, ciertamente sólo menciona a la Comisión como órgano competente para la imposición de las multas sancionadoras por infracción de los artículos 81 y 82. Además establece, como únicos criterios para determinar su importe, el de la gravedad de la conducta y el de su duración, indicando que la multa no podrá superar el 10% del volumen total de negocios de la empresa sancionada en el ejercicio anterior, todo ello sin establecer una escala de infracciones y sanciones y sin mencionar otros criterios de graduación de la multa.

No obstante, resulta pertinente tomar en consideración los siguientes aspectos: a) La CNC es competente para aplicar en España los artículos 101 y 102 del TFUE . Para hacer efectivo el respeto a las reglas de la libre competencia, podrá imponer sanciones ( artículo 5 y considerando 29 del Reglamento 1/2003 ). Estas sanciones tienen como finalidad garantizar el efecto útil de los artículos 101 y 102 TFUE . b) Si bien los principios enunciados en los artículos 101 y 102 TFUE confieren un protagonismo especial a los órganos de la Unión, debe fomentarse la participación de los Estados nacionales en la aplicación eficaz de las normas de competencia, (considerando 34 del Reglamento 1/2003) c) Cuando el Reglamento 1/2003 estima que determinados aspectos del mismo no son de directa aplicación en los Estados miembros, así lo indica, como es el caso de las reglas para valoración de la prueba y para la determinación de los hechos, y precisa a continuación que ello será posible siempre que las disposiciones nacionales sean compatibles con los principios generales del derecho comunitario (considerando 5 del Reglamento 1/2003).

4º. En el presente caso, el artículo 63 LDC impone que el importe de la multa por infracción de los artículos 101 y 102 TFUE no puede ser superior al 10% del volumen total de negocios de la empresa infractora en el año anterior a la comisión de la infracción, y es, en este punto, fiel trasunto del Reglamento 1/2003.

Por esta razón, debe interpretarse necesariamente por todos los órganos jurisdiccionales nacionales, en la forma que lo ha hecho el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, mediante sus resoluciones, ya sean del Tribunal de Justicia, como del Tribunal General, pues ambas jurisdicciones son llamadas por el artículo 19 del TUE a garantizar, en nombre de la Institución en la que se integran, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el respeto del Derecho en la aplicación e interpretación de los Tratados.

5º En estas circunstancias, solo cabe recordar que la jurisprudencia del Tribunal General y del Tribunal de Justicia, es unánime cuando indica que el límite del 10%, no se identifica con la multa máxima que puede imponerse a las infracciones muy graves, sino que opera como un umbral de nivelación.

En consecuencia, se calculará la multa en función esencialmente de los criterios de gravedad y duración de la infracción, con la aplicación, en su caso, de las circunstancias modificativas de responsabilidad que se estimen pertinentes, y desde el respeto a los principios de proporcionalidad e igualdad de trato.

En definitiva, atendiendo a las particulares circunstancias del caso, la autoridad de competencia podría establecer una sanción muy superior a ese 10%, del volumen total de negocio del ejercicio anterior, pero en la práctica no podría exigir su pago, porque en ese momento operaría el límite referido y la sanción no sería exigible más allá del mismo. Por ello se califica como umbral de nivelación y no como límite máximo de la sanción por falta muy grave.

Esta construcción tiene consecuencias prácticas importantes y permite desvincular el hecho de la imposición de multas sancionadoras por infracción de los artículos 101 y 102 TFUE cercanas al límite del 10%, con la violación del principio de proporcionalidad o igualdad. En este sentido puede citarse la sentencia del Tribunal General de 12 de diciembre de 2012, asunto T- 352/09, Novácke chemické závody a.s., apartado 161 y ss.



Por estas razones estimo que la única interpretación que cabe respecto del referido límite del 10%, es la que acaba de exponerse, sin que sea posible una reinterpretación del mismo realizada en clave nacional.

6º. Una cuestión distinta es la de si el sistema regulado en los artículos 63 y 64 de la LDC, que es más garantista que el establecido en la normativa de la Unión, resulta compatible en esa extensión suplementaria, con el marco constitucional español, y en concreto con artículo 25 CE y el principio de taxatividad ( STC 100/2003 ).

La sentencia de la que discrepo aborda también esta cuestión en términos que entiendo que deben ser matizados, pues para justificar la constitucionalidad de los preceptos citados, descarta la naturaleza del límite del 10% como umbral de nivelación, afirmación que, como he dicho, resulta intangible para el juzgador español.

El Tribunal Supremo en varias sentencias desde la inicial STS de 6-3-2003 RC 9710/1997, hasta la más reciente de 28-1-2013 RC 7280/2005, se ha manifestado, de forma constante, en el sentido de que el artículo 10 de la Ley 16/1989, precedente de los actuales artículos 63 y 64 de la LDC, no infringía el artículo 25 CE, y en concreto el principio de taxatividad.

Un examen comparativo de ambos textos legales, nos permite concluir sin dificultad, que la nueva normativa introduce mayores garantías, por lo que, razonablemente cabe entender que la citada doctrina jurisprudencial no se ha visto alterada por la modificación legal, razón por la que no creo pertinente ahondar en esta cuestión, pues basta la remisión a dicha jurisprudencia.

**SEGUNDO** : En lo que respecta al segundo motivo de discrepancia al que he hecho referencia, esto es, la base sobre la que dicho límite debe aplicarse que se trata también en el FJ 13 de la sentencia de la que discrepo, me remito directamente al voto de la Magistrada D<sup>a</sup> Lucía Acín, reiterado en distintas ocasiones, que transcribo a continuación:

"Los motivos por los que considero que el límite del 10% del volumen de ventas o de negocios total de la empresa infractora fijado en el artículo 10 de la Ley 16/1989 y 63 de la Ley 15/2007 no viene referido al volumen de negocios en el ámbito de la actividad económica de la empresa en el que se ha producido la infracción, esto es al ámbito del mercado directa o indirectamente afectado por la infracción, sino a todo el negocio de la empresa son los siguientes:

1) El hecho de que se haya introducido la palabra "total" en la nueva Ley 15/2007 de defensa de la competencia para referirse al volumen de negocios. Así el artículo 10 de la Ley 16/1989 fijaba como límite de la cuantía de las sanciones "multa de hasta 150.000.000 ptas. (900.000 euros), cuantía que podía ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal". La Ley 15/2007 que deroga la anterior establece en el artículo 63 1 c) como límite de la sanción por la comisión de infracciones muy graves "multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa". En los comentarios realizados al Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia (publicados en la pagina web de la CNC), algunos de los despachos de abogados consultados manifestaron en relación con el importe máximo de las sanciones que era necesario introducir dos "modificaciones". Por una parte sugerían que debería tomarse únicamente en cuenta el volumen de ventas realizado en el mercado afectado por la infracción. De esta forma indicaban se evitaba que se tomen bases de cálculo diferentes en función de cómo estén estructuradas jurídicamente las empresas (e.g. una sola sociedad con varias actividades o con una filial independiente por actividad) y por otra el año de referencia debería ser el último en que se cometió la infracción. La nueva Ley no introduce ninguna de esas modificaciones sugeridas sino que al contrario introduce la palabra "total" precisamente para aclarar que se refiere a todo el volumen total y no limitado al volumen de ventas en el mercado afectado.

2) La redacción del artículo 63. 1 c) de la Ley 15/2007 coincide con la redacción del artículo 23.2 del Reglamento CEE 1/2003 que después de establecer que la Comisión puede imponer multas a las empresas que infrinjan las disposiciones del artículo 81 y 82 del Tratado señala que "por cada empresa o asociación de empresas que participen en la infracción, la multa no podrá superar el 10% del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior".

3) La Jurisprudencia comunitaria ha precisado el alcance de dicho precepto señalando que (161) "la cuantía correspondiente al 10% del volumen global de negocios de un participante en una infracción a las normas de la competencia no es, a diferencia de lo que parece creer la demandante, una multa máxima, que sólo debe imponerse en el caso de las infracciones más graves. Según la jurisprudencia, se trata más bien de un umbral de nivelación que tiene como única consecuencia posible reducir hasta el nivel máximo autorizado el importe de la multa calculado en función de los criterios de gravedad y duración de la infracción. La aplicación de este límite permite que la empresa implicada no pague la multa que en principio le correspondería abonar en virtud de una estimación basada en tales criterios (sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en el



apartado 47 supra". (sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2012 asunto novacke/Comisión).

4) Se indica en la sentencia que el tomar las totales actividades de la empresa, aun aquellas ajenas al ámbito de la infracción no es proporcional a la infracción reprimida teniendo en cuenta la finalidad de la norma y el ámbito de vulneración.

El importe de base de la multa se vincula a una proporción del valor de las ventas, determinada en función de los criterios establecidos en el artículo 64 (características del mercado afectado, cuota alcance de la infracción, efectos), teniendo en cuenta el período de participación en la infracción. Tanto las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23 apartado 2 letra a) del Reglamento CE 1/2003 (DO 1/9/2006) como la Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia sobre la cuantificación de las sanciones se establece que el importe básico de la multa se calcula en función de un porcentaje del valor de las ventas vinculadas a la infracción, pero añade que se multiplica por un coeficiente teniendo en cuenta el número de años de participación en la misma. El porcentaje del valor de las ventas depende de la gravedad de la infracción (naturaleza de la misma, cuota de mercado acumulada de todas las partes afectadas, amplitud geográfica, etc.) y puede llegar hasta el 30 % si concurren una serie de circunstancias y que se incrementará o reducirá en función de la concurrencia de agravantes o atenuantes.

En los casos en que la aplicación de este criterio (porcentaje del volumen de ventas en el mercado afectado) multiplicado por un coeficiente según los años que ha durado la infracción supere el límite del 10% del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior se reduce la sanción a ese límite. Así ha sido aplicado por la Comisión Europea y analizado en la sentencia del TGUE de 16 de junio de 2011 caso Puffers International/Comisión en el que la Comisión redujo la sanción que correspondería por aplicación de las Directrices (porcentaje del volumen de negocios del mercado afectado multiplicado por un coeficiente según el número de años) al umbral del 10% establecido como límite de la sanción en el artículo 23 del Reglamento CE 1/2003 y señaló que "esa consecuencia es inherente a la interpretación del umbral del 10% exclusivamente como un umbral de nivelación, que se aplica tras una eventual reducción de la multa en razón de circunstancias atenuantes o del principio de proporcionalidad".

Por tanto no se puede identificar "volumen de ventas afectado por la infracción" con el "volumen de negocio global o total". El primero es el que se tiene en cuenta tanto en las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23 apartado 2 letra a) del Reglamento CE 1/2003 (DO 1/9/2006) como en la Comunicación de la CNC para la cuantificación de las sanciones para calcular el importe básico de la sanción y viene determinado por "las ventas obtenidas por el infractor en los mercados del producto o servicio y geográficos donde la infracción haya producido o sea susceptible de producir efectos durante el tiempo que la infracción ha tenido lugar". El segundo "volumen de negocios total" se refiere al volumen total del negocio de la empresa y no limitado al mercado afectado por la infracción y sobre el que se establece el límite máximo de la sanción en el artículo 63 LDC 15/2007 y por ello viene referido al ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa ya que se tiene en cuenta la situación de la empresa para hacer frente al pago de la multa en un momento próximo a su pago (momento en el que generalmente ha cesado la infracción y por tanto no tiene relación con el volumen realizado durante el periodo de comisión de la infracción).

El mercado afectado por la infracción es uno de los criterios para graduar la sanción conforme al artículo 10. 2 b) de la Ley 16/1989 y 64. 1 b) de la Ley 15/2007 ... pero no constituye el parámetro para determinar el límite de la sanción máxima que se puede imponer conforme al artículo 10.1 de la Ley 16/1989 y 63.1 c) de la Ley 15/2007 .

5) Si se aplica el criterio mantenido por la mayoría de mis compañeros que limita el importe máximo de la sanción al 10% de volumen de ventas que cada una de las empresas ha realizado en el mercado afectado en el último ejercicio inmediatamente anterior al de la resolución de la CNC y no al volumen de ventas que cada una de las empresas ha realizado en ese mercado durante el tiempo que cada empresa ha participado en la infracción se pierde el efecto disuasorio de la multa ya que 1) basta a la empresa dejar de operar o que disminuya la realización de operaciones en ese mercado cuando conoce el inicio de una investigación teniendo en cuenta que el plazo desde que se inicia un expediente hasta que se dicta una resolución es de 18 meses y por tanto se va a tener en cuenta el volumen de operaciones realizadas durante la tramitación del expediente en que ya ha cesado la conducta anticompetitiva. Ello puede determinar que al no haber realizado actividad alguna en ese mercado en el último año el importe máximo de la multa sea cero 2) supone un agravio para las empresas que han participado en un corto período de tiempo frente a los que han intervenido durante todo el período de duración de la conducta infractora 3) no se vincula el importe de la infracción al volumen de ventas obtenido en el período de duración de la infracción 4) supone una reducción considerable del importe de la multa ( en algunos casos si ha cesado de operar en ese mercado implica la imposibilidad de imponer



sanción) que en algunos casos puede determinar que dicho importe ni siquiera supere el beneficio obtenido por la realización de la practica restrictiva".

**Voto particular que formula el Ilmo Sr. Magistrado D. JAVIER EUGENIO LOPEZ CANDELA a la sentencia de fecha 2 de abril de 2.014 pronunciada en el recurso nº 194/2011, de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.**

Aceptando los hechos relatados en la sentencia impugnada, y los fundamentos de derecho con excepción del quinto y sexto, sin embargo, lamento tener que discrepar del parecer de la mayoría respecto de la identificación del volumen total de negocios con el del mercado afectado que se hace en el fundamento de derecho decimotercero. Y ello en virtud de estos

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La identificación que ha venido haciendo la Sala, con pleno respeto a dicho criterio, entre el volumen total de negocios a que se refiere el artículo 63.1.c con el volumen afectado por el mercado del art. 64.1 de la Ley 15/2007 , a mi modo de ver no resulta conforme a derecho, y ello en virtud de los siguientes argumentos:

1.- Los propios términos utilizados en dichos preceptos de la Ley 15/2007, deliberadamente distintos, como son los de "volumen total de negocios" y "dimensión del mercado afectado". Es significativo el empleo de estos términos, en relación con el texto anterior ( art.10.1 de la ley 16/89 ), pues la utilización de la palabra volumen "total" de negocios es un término absolutamente novedoso -"total"- que en la ley anterior no existía.

2.- Con independencia del contenido de la Comunicación a la que se refiere la CNC, que tan sólo presenta un alcance meramente interpretativo, lo cierto es que el sistema utilizado por la Administración demandada se ajusta plenamente al que se aplicado por la Comisión Europea ( art.23.2 del Reglamento 1/2003 ), y por tanto, es conforme al Derecho comunitario.

3- El propio Tribunal Supremo cuando interpretó el art.10 de la Ley anterior 16/89 expresamente admitió la constitucionalidad del sistema sancionador de dicha ley, muy parecido al vigente con la excepción del límite inicial de las multas a 150.000.000 millones de ptas ( STS de 29.5.2013, recurso 1312/2010 ). Por ello, la falta de certidumbre del régimen sancionador vigente, y de obligado cumplimiento de las exigencias del art.9.3 y 25.1 de la CE que ha venido invocando la Sala, debería determinar, en su caso, la aplicación de una cuestión de inconstitucionalidad, que debiera correr igual suerte que la que desestimó el Tribunal Supremo en dicha sentencia. Lo cierto es que tampoco se vislumbra tal vicio en la ley vigente, pues no puede decirse que confiera a la Administración una potestad omnímoda de fijación del tipo sancionador, al ser susceptible de graduación y control de la sanción a través de los criterios del art.64, aunque constituyan, en algunos casos, conceptos jurídicos indeterminados, pero susceptibles de determinación en el caso concreto, como ya vino a indicar el Tribunal Supremo, con independencia del estéril debate sobre si el 10% es un tope o un umbral de nivelación.

4.- No se puede obviar y esto es lo importante, que la voluntad del legislador ( art.3.1 del CC ), al aprobar la Ley 15/2007, ha sido, y no es otra, que la de utilizar un sistema de imposición de sanción que ha resultado ser el precisamente aplicado por la CNC. Conviene tener en cuenta que la redacción del artículo 63. apartados 2º y 3º de la citada Ley responde a la aprobación de la enmienda 206 del grupo parlamentario socialista ( Diario de sesiones del Congreso de 26 de febrero de 2.007), y en ella se recoge expresamente que la finalidad de la enmienda cuando indica que " *estos criterios no son elementos que determinen la fijación de la cuantía base puesto que ésta viene representado por la delimitación o del volumen de negocios sino que se aplican a posteriori para fijar la cuantía final dentro de los tramos correspondientes en función del tipo de infracción y de la aplicación de un porcentaje en caso de delimitación del volumen de negocios o de un tramo de cantidades fijas cuando éste no se ha podido detener delimitar* ".

Es decir, la voluntad del legislador responde plenamente al sistema sancionador utilizado por la CNC: debe tenerse en cuenta que el artículo 63.1.c representa el límite máximo sancionador, y el art. 64 determina los criterios de cuantificación de la sanción, en el que obviamente habrá de tenerse en cuenta el tiempo de duración de la infracción en el mercado afectado, al que puede aplicarse, por ese tiempo un tipo superior del 10% con tal de que no exceda del 10% del volumen total de negocios del último ejercicio, con independencia del debate de si el 10% es un umbral sancionador o un tope.

5.- Tampoco pueden obviarse los acertados argumentos de la Abogacía del Estado cuando considera que de tener en cuenta el 10% del volumen del mercado afectado en el último ejercicio podría darse la circunstancia de que llegarían a sancionarse conductas que por el tiempo de duración del expediente sancionador han cesado en el ejercicio tenido en cuenta, e igualmente, resultaría de igual condición quien cometió la infracción a la legislación de competencia durante un año que durante 10.



**SEGUNDO.-** Por consiguiente por todos los motivos tenidos en cuenta, y conforme al voto particular expresado en ocasiones anteriores por la magistrada Dña. Lucía Acín Aguado, no existe falta de proporcionalidad de la sanción en el sistema aplicado por la CNC conforme a la comunicación emitida por dicho organismo en cuanto pueden aplicarse tipo sancionadores de hasta el 30% del mercado afectado por varios ejercicios con tal de que no se supere la cifra del 10% del volumen total de negocios correspondiente al ejercicio anterior a la sanción, que eso sí, y tal como se expuesto en el fundamento de derecho sexto constituye un límite infranqueable por imposición legal, que ha de respetarse, y pueda servir igualmente, de umbral sancionador entre el 0 y el 10%, pues ello no lo impide el legislador.

**TERCERO.-** En consecuencia, procedía la desestimación del recurso contencioso-administrativo; sin costas a la recurrente, a la vista del debate reconocido en la sentencia, del que se deduce la existencia de dudas de derecho, conforme al art.139 de la ley jurisdiccional .

Así lo expresan el Magistrado firmante del voto particular, el cual habrá de notificarse a las partes junto con la resolución adoptada por la mayoría en la forma prevenida por la ley.

Dado en Madrid, en la misma fecha de la resolución de la que discrepo.

**PUBLICACION.-** La anterior sentencia fue leída y publicada en la forma acostumbrada por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, hallándose constituida en audiencia pública, de lo que yo, Secretario, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CNCJOS