



Roj: **SAN 2096/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:2096**

Id Cendoj: **28079230062014100275**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **07/05/2014**

Nº de Recurso: **202/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **ANA ISABEL RESA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

Madrid, a siete de mayo de dos mil catorce.

**Visto** el recurso contencioso administrativo núm. **202/2011** que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **ASOCIACIÓN NACIONAL DE PERFUMERÍA Y COSMÉTICA (STANPA)** representada por el Procurador Sr. Rodríguez Nogueira 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 900.000€, siendo codemandadas L'Oréal representado por el Procurador D. Manuel Lanchares Perlado, Henkel Ibérica representada por la Procuradora D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> José Bueno Ramírez y Wella representada por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén y Ponente la Il<sup>ta</sup>. 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 3 de mayo 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 en el que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando se dicte sentencia por la que con estimación del recurso se anule la resolución impugnada o, subsidiariamente se reduzca sustancialmente la sanción impuesta.

**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, peticiones que igualmente reiteraron las codemandadas en sus escritos de contestación.

**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 6 de mayo de 2014 en el que efectivamente se deliberó, votó y falló, habiéndose observado en la tramitación del presente recurso todas las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**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:*

*-STANPA una multa de 900.000€.*

*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 STANPA es, desde 1952, la organización empresarial que representa al sector de la Perfumería y Cosmética en España, integrada por gran parte de las empresas que operan en el sector. De acuerdo con la información disponible en la página Web de la Asociación con datos de abril de 2009, el número total de empresas asociadas a STANPA es de 220, representando el 90% del sector de la perfumería y cosmética en España.

Según el artículo 1 de sus Estatutos disponibles en la pág. web, STANPA es una Asociación de carácter empresarial, sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, capacidad de obrar y patrimonio propio e independiente del de sus miembros, que se rige por los citados Estatutos y los Reglamentos de orden interno o régimen interior aprobados por la Asamblea General, por los acuerdos válidamente adoptados por los Órganos de Gobierno, así como por lo establecido, con carácter general, en la legislación y disposiciones aplicables a las Asociaciones Profesionales y Sindicales.

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.- Necesidad de suspender el presente procedimiento hasta que se resuelva el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 30 de septiembre de 2009, dictada en el recurso contencioso-administrativo 3/2008 .
- 2.- Caducidad del procedimiento sancionador con arreglo a lo previsto en el art. 36 y 38 de la LDC y el art. 28 del RLDC.
- 3.- Infracción del principio de legalidad al imputar a Stanpa la responsabilidad por los intercambios de información del grupo de peluquería.
- 4.- Aplicación indebida por parte de la CNC del art. 1 y de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 15/07, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia . Falta de prueba de las supuestas conductas colusorias imputadas.
- 5.- Inexistencia de conducta colusoria por parte de la actora y, en consecuencia, ausencia de infracción.
- 6.- Subsidiariamente, calificación errónea como muy grave de la supuesta infracción cuya existencia se niega. Vulneración del principio de proporcionalidad.



**SÉPTIMO:** Invoca en primer lugar la actora la necesidad suspender el presente procedimiento hasta que se resuelva el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 30 de septiembre de 2009, dictada en el recurso contencioso-administrativo 3/2008, que se interpuso contra la actividad administrativa consistente en el desarrollo, el día 19 de junio de 2008 de determinadas diligencias de inspección por parte de la CNC en las sedes de Stanpa en Madrid y Barcelona, así como contra la resolución de la CNC de fecha 3 de octubre de 2008, por la que se desestima el recurso interpuesto por la asociación recurrente contra dicha actuación inspectora.

Debemos señalar al respecto que dicho recurso de casación ya ha sido resuelto por STS de fecha 27 de abril de 2012, recurso de casación nº 6552/2009, y en cuyo fallo se estima el recurso contencioso administrativo interpuesto por STANPA en el proceso de instancia en la parte dirigida contra la actuación inspectora llevada a cabo el 19 de junio de 2008 en su sede de Barcelona por los funcionarios de la Comisión Nacional de la Competencia [CNC] y contra la resolución de 3 de octubre de 2008 del Consejo de la CNC, que desestimó la impugnación planteada contra esa concreta actuación inspectora de Barcelona; y anular estos actos administrativos por no ser conformes a Derecho y desestimar ese mismo recurso jurisdiccional de STANPA en la parte dirigida contra la actuación inspectora realizada en la fecha antes indicada en la sede de Madrid y contra la desestimación que, en relación con la impugnación administrativa planteada frente a esta segunda actuación inspectora, fue decidida por la mencionada resolución de 3 de octubre de 2008 del Consejo de la CNC, por ser conformes a Derecho estos actos administrativos en lo que ha sido objeto de discusión en este proceso.

Pero es que además la propia resolución de la CNC mantuvo 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."

De todo ello se deduce que la petición de la actora de suspensión del procedimiento carece de objeto.

**OCTAVO:** A continuación 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 fecha límite para notificar la resolución del procedimiento de referencia era en un principio el 16 de diciembre de 2009.

Tal cuestión ha sido ya resuelta por esta Sala en sentencia de fecha 12 de marzo de 2014 recurso nº 172/11 en los siguientes términos:

*"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 si de eficacia frente a aquéllas, según reiterada jurisprudencia"*

**NOVENO:** Alega la actora la aplicación indebida por parte de la CNC del art. 1 y de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 15/07, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , la falta de prueba de las supuestas conductas colusorias imputadas, la inexistencia de conducta colusoria por parte de la actora y, en consecuencia, ausencia de infracción, así como la Infracción del principio de interpretación razonable de la norma.

Tales cuestiones han sido igualmente tratadas por la sentencia anteriormente referida 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. Al

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 autentica 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.

UNDÉCIMO: 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 posibles 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."*

**DÉCIMO:** Por lo que se refiere a la Asociación STANPA, la Dirección de Investigación le imputa una infracción de las normas de competencia desde el 4 de noviembre de 2003 hasta el 28 de febrero de 2008, por haber actuado como facilitador en el cártel.

Sin perjuicio de que ya en la reunión del G8 de 23 de septiembre de 2003 se acordó la incorporación de STANPA, que facilitaría los recursos humanos, la infraestructura logística y los locales de sus sedes en Madrid y Barcelona para la organización y coordinación de las siguientes reuniones del G8, lo cierto es que la DI no le imputa su participación en la conducta infractora hasta el 4 de noviembre de 2003, momento en el que una de las empresas del G8 remitió a STANPA, por correo electrónico, una serie de archivos acordados previamente y que comprendían, entre otros, la plantilla con la petición de datos desagregados, tres paneles de fabricantes que mostraban el agregado de las empresas del G8 con datos correspondientes al primer semestre de 2002 y 2003 y un análisis comparativo de ambos semestres, y dos paneles de datos de intercambio con información desagregada de cada empresa del G8 a 30 de junio de 2003 y a 31 de diciembre de 2002. Y, como apunta la Dirección de Investigación, es a partir de enero de 2004 cuando STANPA comenzó a intervenir de forma más activa, "junto a las empresas del G8 en todas las reuniones del cártel celebradas en las sedes de STANPA de Madrid y Barcelona a partir de dicha fecha -que convocaba junto con la empresa del G8 asignada para cada reunión prevista, aportando su estructura logística y organizativa para contribuir a un mayor éxito, si cabe, de los intercambios de información entre las empresas del G8, solicitando a las empresas del G8 la información precisa para elaborar las tablas y proceder al intercambio de datos que se llevaría a cabo en las reuniones del G8, centralizando la recepción y el envío de la información comercialmente sensible desde y hacia cada una de las empresas del G8, siendo la encargada STANPA, en sustitución del Censor Jurado de Cuentas contratado por las empresas del G8, de la elaboración" de diversos documentos relacionados con el funcionamiento del cártel, como son el panel de datos de intercambio, el panel trimestral simplificado, el panel de fabricantes, el panel provincial, las presentaciones para cada una de las dos reuniones del G8 que se celebraban cada año y las listas de precios y/o incrementos de los precios de los productos de peluquería profesional de cada empresa del G8. A juicio de este Consejo, los hechos investigados y acreditados permiten concluir que STANPA es coautora, junto al resto de las empresas imputadas en este expediente, de una infracción del artículo 1 de la LDC. Esta conclusión encuentra su justificación en el probado desempeño, por parte de dicha asociación, de un papel activo en la organización y vigilancia de la adecuada ejecución del cártel, contribuyendo considerablemente a su mantenimiento en vigor y ocultación y, por lo tanto, a restringir grave y prolongadamente la competencia en dicho mercado.

Además, como acertadamente señala la Dirección de Investigación, nos encontramos en este expediente ante la actuación de una asociación profesional que representa los intereses económico-sectoriales de todas las empresas asociadas y que, precisamente por ello, no debería haber ignorado el carácter anticompetitivo de los comportamientos de los que tuvo conocimiento cuando se le invitó a participar en este cártel, que claramente perjudicaba no sólo al sector, sino directamente a otras empresas asociadas.

En lugar de ello, contribuyó de forma activa y deliberada a que este cártel entre algunas de las empresas del sector, como es el caso de la empresa líder y los principales operadores en este mercado, se mantuviera en el tiempo, sirviendo de sostén para la puesta en práctica del cártel.

Alega STANPA, en torno a su participación como cooperador necesario en la conducta infractora, que la calificación efectuada por la Dirección de Investigación infringe el principio de legalidad sancionadora por





aplicación analógica *in malam partem*, ex artículo 25 de la Constitución Española, ya que se propone sancionar por una forma de autoría que no está contemplada por la normativa de defensa de la competencia.

Debe destacarse que en cuanto a la sujeción de una organización empresarial a la Ley 16/1989, esta Sala de forma reiterada ha declarado A) que el artículo 1.1 de la Ley 16/1989 de 17 de julio dispone: " *Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional, y en particular los que consistan en...* ", B) que el artículo 10.1 del propio Texto Legal, establece: " *El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllos, que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7... Multas de hasta 150.000.000 pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas..* ".

E igualmente hemos señalado que el primero de los preceptos citados resulta: a) La actividad prohibida lo es cualquier acuerdo o conducta tendente a falsear la libre competencia. b) El tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que se tienda a ese fin en la realización de la conducta, tenga éxito o no la misma. c) La conducta ha de ser apta para impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado delimitado.

En relación al segundo de los preceptos citados, conviene destacar, de un lado, que la conducta prohibida puede ser realizada por cualquier agente económico - término amplio que incluye no sólo a las empresas, sino también a todos aquellos cualquiera que sea su forma jurídica, que intermedien o incidan en la intermediación en el mercado -; pero también por asociaciones o agrupaciones de aquellos agentes económicos. De otra parte, la conducta puede ser realizada de forma dolosa o culposa - claramente el precepto se refiere a un elemento intencional o negligente -, siendo la primera la que tiende directamente a provocar el efecto distorsionador de la libre competencia efectivamente querido, y la segunda, la que, aún sin pretender el efecto, la conducta es apta para causarlo, pudiendo ser previsto tal efecto, aplicando la diligencia debida.

**UNDÉCIMO:** 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...* ".

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".*

*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:*



*Por lo que se refiere a la Asociación STANPA, se le impondrá una multa de 900.000€, (novecientos mil Euros) que, como se ha indicado en el Fundamento Jurídico Segundo no supera la cifra máxima permitida en la Ley 16/89 pues, como se ha recordado en la reciente Resolución en el expediente S/0155/09, STANPA, "...al aplicar la Ley 16/1989, el Consejo se ve limitado por la cifra máxima de 901.518,16 €. Por tanto el Consejo considera que en aras de no separarse más de lo necesario de la multa que resultaría de aplicar los criterios marcados por el Alto Tribunal de proporcionalidad y disuasión, la sanción debe situarse en el máximo que permite la Ley 16/89 para las Asociaciones".*

Ciertamente debe tenerse en cuenta que la CNC está legitimada para imponer una multa de la cuantía impuesta a Stanpa, pero también es cierto que uno de los criterios de graduación de la sanción previstos en el art. 10.2 de la LDC es la duración de la restricción de la competencia y si bien en el presente supuesto ha quedado acreditado que dicha restricción ha durado aproximadamente 20 años, lo que justifica que a las empresas intervinientes en el cártel se les haya impuesto la sanción en su grado máximo, no lo justifica en el caso de Stanpa, ya que su actuación en el cártel a juicio de la DI y la CNC comenzó en el año 2003, por lo que consideramos que la sanción impuesta es desproporcionada y que el importe correcto de la misma es la de 450.000€.

**DUODÉCIMO** : Los anteriores razonamientos nos llevan a estimar en parte el recurso 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 debemos **ESTIMAR PARCIALMENTE** el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de **STANPA**, 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 reduciendo el importe de la misma a la cifra de 450.000€, **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 **no 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.

**PUBLICACIÓN.-** 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.