



Roj: **SAN 3191/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:3191**

Id Cendoj: **28079230062014100407**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **09/07/2014**

Nº de Recurso: **174/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **ANA ISABEL RESA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3191/2014,**
STS 2547/2015,
STS 147/2017

SENTENCIA

Madrid, a nueve de julio de dos mil catorce.

Visto el recurso contencioso administrativo núm. **174/2011** que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **THE COLOMER GROUP SPAIN, S.L.** representado por el Procurador Sr. Briones Méndez 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 8.739.000€, siendo codemandadas L?Oreal representado por el Procurador D. Manuel Lanchares Perlado, Henkel Ibérica y otro representada por la Procuradora D^a M^a José Bueno Ramírez, Productos Cosméticos SLU (WELLA) representada por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén y la Asociación Nacional de Perfumería y Cosmética representado por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, siendo Ponente la Il^{ta}. Sra. D^a 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 20 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 17 de septiembre de 2012 en el cual, 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 y subsidiariamente se reduzca sustancialmente el importe de la multa 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, petición 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 8 de julio 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:

THE COLOMER GROUP SPAIN, S.L. una multa de 8.739.000€.

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 de acuerdo con la información aportada por la empresa, con anterioridad al año 1978, COLOMER era un negocio familiar propiedad de la familia Eulogio . En ese año, la empresa estadounidense REVLON INC. Adquirió el negocio y, hasta el año 2000, COLOMER se mantuvo integrada dentro del grupo REVLON. El 30 de marzo de 2000 el grupo REVLON vendió el negocio de productos profesionales a los socios propietarios de la sociedad mercantil The Colomer Group Participations, S.L. (TCGP), titular de la totalidad de las participaciones que componen el capital social de THE COLOMER GROUP SPAIN, S.L.

TCGP es una sociedad sin actividad propia en el mercado distinta de la que realiza THE COLOMER GROUP SPAIN, S.L. y su socio mayoritario es CVC Capital Partners Group S.à.r.l (CVC), una sociedad gestora de fondos de capital riesgo. Las decisiones comerciales de las empresas en las que mantiene inversiones se adoptan en el seno de cada compañía, sin que CVC ejerza influencia alguna en las mismas.

THE COLOMER GROUP SPAIN, S.L. es titular del 100% de las participaciones que componen el capital social de COLOMER BEAUTY AND PROFESSIONAL PRODUCTS, S.L. (CBPP), sociedad dedicada a la fabricación y comercialización de productos de peluquería, cosmética e higiene. THE COLOMER GROUP SPAIN, S.L. desarrolla toda su actividad en el mercado a través de CBPP, limitándose sus funciones a la tenencia de las participaciones sociales de CBPP y a la tenencia de ciertas marcas y otros derechos de propiedad intelectual.

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.- Caducidad del procedimiento sancionador con arreglo a lo previsto en el art. 36 y 38 de la LDC y el art. 28 del RLDC.



- 2.- 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.
- 3.- Inexistencia de conducta colusoria por parte de la actora y, en consecuencia, ausencia de infracción.
- 4.- La conducta no es única y continuada.
- 5.- Subsidiariamente, calificación errónea como muy grave de la supuesta infracción cuya existencia se niega. Vulneración del principio de proporcionalidad.

SÉPTIMO: Las cuestiones planteadas en el presente contencioso ya han sido resueltas por esta Sala en los recursos formulados por las otras entidades sancionadas, por todas, la sentencia de fecha 12 de marzo de 2014 recaída en el recurso nº 172/11 , cuya doctrina debe ser mantenida por aplicación del principio de unidad de criterio y en el que manteníamos:

" OCTAVO: *En el siguiente motivo afirma 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.*

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.

NOVENO: 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.

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.

DÉCIMO: 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.

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 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.

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 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: 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. Con esos datos para tres empresas (LENDAN, MONTIBELLO, y DSP), la multa superaría el 10% citado, por lo que la sanción queda limitada a ese tope.

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:

COSMÉTICA COSBAR, S.L. (MONTIBELLO) una multa de 2.555.000€, (dos millones quinientos cincuenta y cinco mil Euros). COLOMER 8.739.000€.

DÉCIMOTERCERO: 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 nº 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."

165 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).

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 represión 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."

OCTAVO: El presente recurso debe igualmente estimarse en parte por los mismos fundamentos 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 **THE COLOMER GROUP SPAIN S.L.** representada por el Procurador Sr. Briones Méndez, 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, 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

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL ILUSTRISIMO MAGISTRADO D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO A LA SENTENCIA, DE FECHA 9-7-2014, DICTADA EN EL RECURSO Nº 174-11 DE LA SECCION 6º DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LA AUDIENCIA NACIONAL.

Mi discrepancia respecto de la mayoría se centra en la interpretación del artículo 63.1.c de la ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia que, en mi opinión, opera como umbral de nivelación.

Me remito en este punto a mi voto particular en la Sentencia de esta Sala y Sección de fecha 7 de abril de 2014, recurso nº 6/12.

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.