



Roj: **SAN 590/2015** - ECLI: **ES:AN:2015:590**

Id Cendoj: **28079230062015100065**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **27/02/2015**

Nº de Recurso: **193/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 590/2015,**  
**STS 889/2018**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso:** 0000193 / 2011

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 02056/2011

**Demandante:** EUGENE PERMA ESPAÑA SAU

**Procurador:** Dº MANUEL LANCHARES PERLADO

**Demandado:** COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

**Codemandado:** HENKEL IBERICA, S.A., PRODUCTOS COSMETICOS, S.L.U. (WELLA), LOREAL S.A. Y LOREAL ESPAÑA S.A.

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilma. Sra.:** Dª. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

### **SENTENCIA Nº:**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

Dª. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

Dª. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. JAVIER EUGENIO LÓPEZ CANDELA

Madrid, a veintisiete de febrero de dos mil quince.

**Visto** el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **Eugene Perma España SAU**, y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Manuel Lanchares Perlado, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 2 de marzo de 2011**, relativa a **sanción**, siendo codemandados **HENKEL IBERICA, S.A., PRODUCTOS COSMETICOS, S.L.U. (WELLA), LOREAL**



**S.A. Y LOREAL ESPAÑA S.A.** y en su nombre y representación los Procuradores D<sup>a</sup> María José Bueno Ramírez, D. Argimiro Vázquez Guillén y D. Javier Evaristo Zabala Falco; y siendo la cuantía del presente recurso de 2.288.000 euros.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** : Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Eugene Perma España SAU, y en su nombre y representación el Procurador Sr. D<sup>o</sup> Manuel Lanchares Perlado, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 2 de marzo de 2011, declare la nulidad de la Resolución impugnada y acuerde la modificación solicitada.

**SEGUNDO** : Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

**TERCERO** : Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, practicadas las declaradas pertinentes y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día diecisiete de febrero de dos mil quince.

**CUARTO** : En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO** : Es objeto de impugnación en autos la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 2 de marzo de 2011, expediente S/0086/08, relativa a sanción de multa de 2.288.000 euros como autora de infracción prevista en el artículo 1 de la LDC .

La parte dispositiva de la Resolución impugnada es del siguiente tenor:

*"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:...*

*EUGÈNE PERMA ESPAÑA, S.A.U. una multa de 2.288.000?, (dos millones doscientos ochenta y ocho mil Euros). De este importe hasta un total de 1.523.000 ?, (un millón quinientos veintitrés mil Euros), resulta responsable de forma solidaria su matriz EUGENE PERMA GROUP, SAS;"*

**SEGUNDO** : La descripción que se realiza de la recurrente en la Resolución impugnada es del siguiente tenor:

*"De acuerdo con la información aportada por la empresa el 12 de julio de 2001, la multinacional francesa EUGENE PERMA GROUP, SAS adquirió la totalidad del capital social de EUGENE PERMA ESPAÑA S.A.U., entonces denominada COSMÉTICA GENERAL, S.A., y que hasta ese momento pertenecía a tres empresas: PROCOLUIDE, S.A., MYSTIS PARTICIPATIONS, S.A. y ALTA BELLEZA, S.A.*

*La multinacional francesa está establecida en más de 50 países de los cinco continentes y tiene una significativa presencia en los mercados español e italiano, fundamentalmente en la comercialización de productos capilares para profesionales del sector. Sus principales productos son Pétrôle Hahn, Kéranove, Artiste, Cycle Vital, Essentiel, Colorcreme, Kerzo y Eugène Color. La producción de EUGENE en el mercado de la cosmética capilar está estructurada en dos líneas:*

*a) Productos destinados a peluquerías (división profesional), y*

*b) Productos destinados a consumidores finales."*

Respecto al mercado, se afirma:

"1. 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 de la Comisión Europea, se podría clasificar en las siguientes 5 categorías en función del uso de los mismos (folio 16654).

- a) Perfumería a base de alcoholes: perfumes, aguas de tocador, aguas de colonia.
- b) Productos cosméticos decorativos (productos de maquillaje): máscaras de belleza (con exclusión de los productos de abrasión superficial de la piel por vía química); maquillaje (líquidos, pasta, polvos); polvos de maquillaje, polvos para utilizar después del baño y para la higiene corporal; productos para los labios; productos para el cuidado y maquillaje de las uñas y productos para el maquillaje y desmaquillaje de la cara y los ojos.
- c) Productos para el cuidado de la piel: este segmento incluye cremas, emulsiones, lociones, geles y aceites para la piel; productos de tratamiento; productos antiarrugas y productos solares.
- 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: jabón de tocador, jabón desodorante; productos para el baño y ducha (sales, espumas, aceites, geles); depilatorios; desodorantes y antitranspirantes; productos para el afeitado (jabones, espumas, lociones); productos para el cuidado bucal y dental y productos para el cuidado íntimo externo.

2. En el mercado español de cosméticos, la peluquería profesional es un sector importante. La DI recoge en el punto 144 del PCH, sin que esta información haya sido refutada por las partes, que según presentación de la página Web de STANPA, de las cinco categorías de productos cosméticos anteriormente descritos, en el año 2008 el grupo de los productos capilares, cuidado del cabello o peluquería, era el segundo en importancia en términos relativos de facturación, suponiendo más del 22%, ligeramente por debajo de los productos para el cuidado de la piel, que tienen un 26% de la facturación total, manteniéndose el peso estable en ese nivel a lo largo del tiempo.

3. Según información de STANPA en una presentación de abril de 2009 disponible en su página web, los productos cosméticos en España se distribuyen por medio de los siguientes canales:

- a) Gran Consumo
- b) Selectividad
- c) Farmacia
- d) Peluquería
- e) Venta Directa, y
- f) Estética Profesional

4. En el mercado de productos cosméticos en general en el que operan las imputadas, la facturación en el año 2007 del conjunto del sector ascendió a más de 4.900 millones de euros, considerando precios de salida de fábrica, lo que supuso un incremento de más del 5% con respecto al año anterior. En cambio, en 2008 se produjo una ligera caída, alrededor del 1% del volumen de ventas. De los seis canales de distribución mencionados, el de peluquería profesional fue en los años 2006 y 2007 el cuarto en importancia en términos relativos de facturación, por detrás de gran consumo, distribución selectiva y farmacia, suponiendo más del 7% (folio 2162). El peso relativo de cada uno los canales de distribución se ha mantenido muy estable desde el año 2004 hasta el año 2008, no produciéndose alteraciones en la posición relativa del de peluquería profesional. En el mismo sentido, la tendencia seguida por las ventas de este sector se ha mantenido muy estable entre el año 2000 y el año 2008. No obstante, en el año 2008 el sector de peluquería profesional sufrió una ligera caída (3,56%), registrando una facturación de 352 millones de euros.

5. Dentro del segmento de los productos para el cuidado del cabello, aquellos destinados a su uso por profesionales de la peluquería, se venden a salones de peluquería, bien directamente por los productores o bien indirectamente a través de mayoristas. Por tanto, son productos que se emplean por los peluqueros en la prestación de servicios de peluquería a consumidores finales, vendiéndose una pequeña proporción de la producción a los consumidores finales a través de las peluquerías.

Cada una de las empresas imputadas comercializa distintas marcas y formatos de las distintas variedades de productos que se comercializan en este mercado y que de acuerdo con los criterios utilizados en sus



estadísticas por la Asociación del sector (STANPA), podrían clasificarse en: color de oxidación (en crema y en gel), color semipermanente (con oxidación y sin oxidación), decoloración (en polvo y en aceite), oxidantes y desarrolladores (en gel o líquido), permanentes (individuales alcalinas y multidosis), neutralizantes (individuales y multidosis), kit de permanentes y neutralizantes (alcalinas y ácidas), líneas de peinado (plis+plis color individual, plis multidosis, espumas, espumas color, lacas y direccionales con gas, lacas y direccionales sin gas, gominas y wets), tratamientos (caspa, grasa, caída individual y multidosis, suavizantes y mascarillas, reparadores reestructuradores) y champús.

6. Desde el punto de vista de la demanda, según información de STANPA en el año 2007 el consumidor español gastó 13 euros por año y persona de productos comercializados a través del canal de peluquería profesional. El consumidor generalmente no sabe que producto consume por lo que el demandante son las peluquerías, que según declaraciones de un directivo del sector recogidas por la DI son más de 50.000.

7. El sector de peluquería profesional según la presentación realizada por STANPA en febrero de 2008 para una muestra de 18 empresas, entre las que se encontraban todas las empresas incoadas en este expediente, y que suponían cerca del 75% del total de la oferta de productos de peluquería en España, en el año 2007 las ventas brutas del sector fueron de 560 millones de euros y las ventas netas de 330 millones de euros, lo que supuso un 4,76% más que en el año anterior. Dichas ventas se realizaron en su mayoría (80%) a través de salones profesionales y en menor medida (20% restante) a través de mayoristas (folios 2159 a 2177). Las empresas imputadas en este expediente (HENKEL, L'ORÉAL, COLOMER, WELLA, MONTIBELLO, EUGENE, DSP y LENDAN) 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 en los años 2004 y 2005 superior al 70% y en el 2006 unas ventas de 288 millones de euros, sobre un total de ventas del sector de aproximadamente 410 millones de euros (folios 2390 y 2391). En el citado año, la empresa líder en el sector fue L'ORÉAL, con cerca del 25% de las ventas totales del sector, seguida por WELLA y HENKEL, que registraron unas ventas totales cercanas al 10% del total cada una, y por COLOMER y MONTIBELLO, que tuvieron unas ventas de aproximadamente entre el 5% y el 7% del total cada una. EUGENE, LENDAN y DSP tuvieron participaciones entre el 1% y el 2% del mercado total. Por tanto, L'ORÉAL, WELLA y HENKEL se aproximan al 50% de la cuota de ventas en el sector."

En cuanto a los hechos imputados contenidos en la Resolución impugnada, debemos destacar los siguientes:

"Los hechos que se recogen a continuación constan acreditados en el expediente y se han obtenido de: la información aportada por el solicitante de la exención del pago de la multa; el solicitante de la reducción del pago de la multa; las inspecciones realizadas el 19 de junio de 2008 en las sedes de COLOMER, L'ORÉAL, MONTIBELLO, WELLA y en la sede de STANPA en Madrid, así como de la información aportada por los imputados.

De acuerdo con la información aportada por HENKEL, la empresa solicitante de exención del pago de la multa, a principios de los años ochenta (1980-1983) se constituyó por los principales fabricantes del sector de peluquería profesional en España un Grupo, formado en ese momento por siete empresas (WELLA, COLOMER, L'ORÉAL, MONTIBELLO, DSP, EUGENE, y LENDAN) que se reunía con regularidad, al que posteriormente se incorporó SCHWARZKOPF (actualmente, HENKEL). Las reuniones de este Grupo se denominaban indistintamente "reuniones de fabricantes", "reuniones del G8" o "reuniones del Comité de Peluquería Profesional". En adelante se les denominará reuniones G8...

Reunión del G8 de 8 de febrero de 1989.

La reunión tiene lugar en el Hotel Condes de Barcelona, convocada por COLOMER. Según consta en el acta de la reunión, (folios 4220 a 4226 recabados en la inspección realizada en la sede de MONTIBELLO) a la misma asistieron representantes de todas las empresas del G8 y se trataron los siguientes temas:

- Tendencias venta año 1988.
- Aumentos Precio.
- Ventajas Clientes. Datos 1988.
- Participación Venta Mayoristas, y
- Panel de Proveedores.

Cada uno de estos temas se correspondía con los documentos anexos al acta, como la tabla denominada "TENDENCIA VENTAS AÑO 1988", consistente en el panel de datos de intercambio por familias de producto resumido, en la que se mostraba la evolución de las distintas líneas de productos (+, -, =) y la cifra de ventas totales de cada empresa en 1988.

En el punto "AUMENTOS PRECIO" la información intercambiada se recoge en la tabla a continuación. En la misma se aprecia para cada una de las empresas del G8 las previsiones de incrementos de precios para el año 1989, con porcentaje de incremento y fecha del mismo. Dos de las empresas que no han dado las previsiones las enviarán directamente a cada fabricante según consta a pie de página (folio 4223):...

La tabla relativa a "VENTAJAS A CLIENTES-DATOS REALES 1988" que se transcribe a continuación, recoge en términos brutos y netos para 1987 y 1988, correspondiente a cada una de las empresas del G8 8 (folio 4224):...

La tabla denominada "PARTICIPACIÓN VENTA MAYORISTAS" recoge que porcentaje de las ventas de cada empresa se destinaba a los mayoristas y la variación experimentada por dicho porcentaje entre 1988 y 1987 (4225)...

La siguiente reunión del G8 tuvo lugar el 5 de abril de 1989, en el Hotel Majestic de Barcelona y a ella asistieron representantes de todas las empresas del G8...

En dicha reunión acordaron intercambiarse consultas sobre la morosidad de determinados clientes, decidiéndose que cada empresa del G8 pusiera a disposición del grupo la persona encargada de los cobros, a efectos de llevar a cabo dicho intercambio. Por otra parte, se remite con el acta el cuadro de tendencias de las ventas con las cifras del primer trimestre de 1989. Asimismo, las empresas intercambiaron información sobre clientes. En este sentido, en el acta constaba lo siguiente (folio 4218):...

El 7 de marzo de 1990 el G8 se reunió en el Hotel Calderón, tal y como muestra la carta que envió el representante de HELEN CURTIS (en la actualidad, DSP) a MONTIBELLO el 5 de abril de 1990, adjuntando el acta resumen de dicha reunión, a la que asisten representantes de todas las empresas del G8 (folio 4203 y ss.). Entre otros temas, en el Orden del Día se señalaba:

- Análisis resultados, 1989
- Análisis de la tendencia del mercado por líneas de productos, y
- Puesta en común y análisis de datos de interés general previstos en los Paneles...

Además, se analizaron los datos de ventas, se intercambiaron las listas de precios actualizados de las distintas firmas (folio 4206):...

Y se analizó el tercer Panel, relativo a la red de ventas, condiciones a clientes y promociones de cada fabricante, adjuntando copia de todo ello en el acta de la reunión. Se indica en el acta que en la reunión se propuso añadir a este Panel para el año siguiente el número de vendedores fijos y el número de vendedores exclusivos y estando todas las empresas del G8 de acuerdo, se añadió manualmente al Panel de 1989 (folios 4206)...

El 3 de octubre de 1990 tuvo lugar una reunión del G8 en el Hotel Barajas, en Madrid, a la que asistieron representantes de todas las empresas del G8, excepto COLOMER, tal y como se señala en el acta de dicha reunión (folios 4193 a 4201).

En esta reunión se abordó por el G8 el tema de los cambios de productos por parte de cada empresa del G8. El acta de la reunión se incluye una tabla que mostraba que porcentaje de los productos de cada empresa del G8, excepto COLOMER (no asistió a esta reunión), se había cambiado, que porcentaje se había recogido del cliente (abonándose la cantidad correspondiente) y cuál era el porcentaje total de ambos movimientos para cada empresa del G8. Además, se ponía en común el modo de proceder de cada empresa en relación con los productos que se tenían que cambiar o abonar, acordándose por el G8 intentar frenar los cambios...

Asimismo el acta contenía una tabla denominada "Tendencias de mercado por familias-1990", que mostraba la información del panel de datos de intercambio por familias de producto resumido y, además, datos comerciales, en particular, la variación experimentada por las ventas de cada empresa (desglosando precios y cantidades), así como la participación de los mayoristas en las ventas totales (folio 4196)...

En relación con el aumento de precios, HELEN CURTIS (DSP), L'ORÉAL, WELLA, LENDAN y EUGENE distribuyeron sus nuevas listas de tarifas,...

Como estaba previsto el 20 de febrero de 1991 se celebró la reunión del G8 en el consorcio la Zona Franca de Barcelona, organizada por MONTIBELLO y a la que asisten representantes de las empresas del G8, a excepción del directivo de SCHWARZKOPF (actualmente, HENKEL), que excusó su participación (folios 4187 a 4192).

En esta reunión se comentaron los datos mostrados por el Panel de fabricantes, aportados por el Censor y correspondientes a 1989 y 1990, acordándose algunas modificaciones en su formulario.

Además las empresas del G8 se intercambiaron los datos del panel de datos de intercambio y los del panel de datos de intercambio por familias de producto resumido, en los que se reflejaba, el porcentaje de crecimiento y



el incremento de tarifas (folio 4190). También repasaron la lista de los responsables de cobros de cada una de las empresas del G8, "con la finalidad de poder intercambiar información de la solvencia de clientes", como se indica en el acta, adjuntándose al acta un anexo con dicha lista actualizada (folios 4191 y 4192)...

El 2 de octubre de 1991 se celebró la reunión del G8 en el Real Club de Polo de Barcelona, como se muestra en el acta de la reunión. Dicha reunión había sido convocada por EUGENE y asistieron representantes de todas las empresas del G8, así como el Presidente del Comité de Peluquería Profesional de STANPA (en ese momento y hasta 2003, el representante de EUGENE en el 98) para tratar cuestiones de interés general relacionadas con la Asociación, (folios 4177 a 4186).

De acuerdo con el Orden del Día reflejado en el acta, las empresas del G8 se intercambiaron los datos del Panel de Datos de intercambio por familias de productos resumido, en el período enero-agosto de 1991. Estos intercambios de información se reflejaron en una tabla que recogía los siguientes datos de cada una de las empresas del G8 y que fue distribuida junto con el acta de la reunión (folio 4181):

- % en las tendencias de las ventas sobre el año anterior de cada una de las empresas, mostrando en qué medida se debían a variaciones en precios y en qué medida se debían a variaciones en volumen.
- Tendencias en las ventas por familias de productos.
- Precios: últimos aumentos, la previsión de los próximos aumentos y el intercambio de las tarifas.
- Días de promedio de financiación de clientes, el porcentaje de giros sobre ventas y el porcentaje de devolución sobre los giros.

Respecto del panel de fabricantes, se acuerda que para la próxima reunión que será el 26 de febrero de 1992 convocada por L'ORÉAL, han de estar disponibles los datos para poder comentarlos en la misma, por lo que se dispone que deban de estar elaborados en los primeros días del mes.

Asimismo, en la reunión se introdujeron cambios en el panel de datos de intercambio por familias de producto individualizado realizado por el Censor, acordándose que la empresa convocante de la próxima reunión, L'ORÉAL, enviaría el impreso con las nuevas características para la confección del panel (folio 4184)..

A la reunión del G8 celebrada el 27 de febrero de 1992 y organizada por L'ORÉAL, asistieron todos los miembros del Grupo según consta en el Acta remitida el 9 de marzo de 1992, (folios 4170 a 4176).

En esta reunión las empresas del G8 se intercambiaron sus datos anuales, que mostraban la tendencia experimentada por cada una de ellas en el año 1991, recogiendo en la correspondiente tabla distribuida como anexa al acta de esta reunión los siguientes datos intercambiados, (folio 4176):

- Datos relativos a sus respectivas tendencias de ventas (variaciones en precios y en volumen).
- Datos relativos a sus respectivas tendencias por familias de productos.
- Datos relativos a la participación del total de ventas de cada una de las empresas en el canal mayorista y las ventajas de cada una.
- Tarifas, intercambiándose información sobre el último aumento y los próximos aumentos a realizar.
- Datos comerciales relativos a salarios de vendedores, comisiones y dietas, comentándose los criterios de valoración de estas últimas...

Reunión del G8 de 29 de septiembre de 1992.

De acuerdo con lo señalado en el acta-resumen de la reunión (folio 4169) las empresas acordaron "...intercambiar listas de precios cuando se produzcan incrementos generalizados" y acuerdan asimismo llevar a las reuniones las últimas listas de precios en vigor e introducir en el futuro en el panel de datos de intercambio el "ingreso unitario de incentivos por vendedor", calculado dividiendo el total pagado por el número de vendedores.

Además, se acordó la institucionalización del intercambio de datos de ventas semestralmente, es decir, de los datos acumulados de cada empresa a junio y a diciembre de cada año natural...

Como estaba previsto se celebró la reunión del G8 el 25 de febrero de 1993 en el hotel Feria de Barcelona, convocada por LENDAN y según el acta (folios 4163 a 4168) asistieron representantes de todas las empresas del G8, así como el Presidente del Comité de Peluquería Profesional de STANPA (que aparece en la delegación de EUGENE), para tratar cuestiones de interés general relacionadas con dicha Asociación.

Según consta en el acta, por el Censor Jurado de Cuentas se entregaron los datos anuales del panel de proveedores...



El acta se acompañaba de dos tablas que recogían los datos de cada empresa del G8 intercambiados durante la reunión y correspondientes al total del ejercicio 1992 y que se corresponde con los datos comprendidos en los denominados panel de datos de intercambio por familias de producto resumido y panel de datos de intercambio (folios 4167 y 4168):

- datos de variación de ventas (variaciones en precio y en volumen),
- datos relativos a la participación del total de ventas de cada empresa del G8 en el canal mayorista,
- datos de evolución de ventas por familias de productos,
- incremento de tarifas (últimos producidos y próximos previstos, con indicación de la fecha del mes en la que se producirá dicho incremento de tarifas), y
- datos comerciales relativos a salarios, dietas, número de delegados, ingreso medio, incentivo vendedores, etc.

A la reunión del G8 convocada por SCHWARZKOPF (actualmente, HENKEL) y celebrada en el Hotel Barajas en Madrid, el día 29 de septiembre de 1993 asistieron representantes de todas las empresas del G8...

Por lo que se refiere a los intercambios de datos, anexa al acta se adjuntaba la tabla titulada "RESULTADOS 1er SEMESTRE 1993" (folio 4161 y 4162), con datos de cada una de las empresas del G8 relativos a variaciones de ventas en el período enero-agosto (en precios y en volumen), variaciones de ventas por familias de productos, participación de ventas en el canal mayorista, incrementos de precios (último y siguiente), datos comerciales relativos a salarios, dietas, etc., así como la financiación a clientes. Se trata de información desagregada de las empresas del G8 correspondiente al panel de datos de intercambio por familias de producto resumido y al panel de datos de intercambio...

La siguiente reunión del G8 convocada por HELEN CURTIS (actualmente, DSP) tuvo lugar el 23 de febrero de 1994, y se celebró en el Hotel Arts de Barcelona y a ella asistieron los representantes de todas las empresas del G8 según acta remitida el 7 de marzo de 1994 (folios 97 a 103)...

De acuerdo con el acta (folios 101 a 103 o 4152 a 4156), en la reunión se comentaron los resultados del Panel de fabricantes elaborado y remitido por el Censor Jurado de Cuentas (folios 380 a 385), acordándose determinadas modificaciones, como su ampliación con datos internacionales...

En la reunión, las 8 empresas compartieron las listas de precios actualizadas, a excepción de L'ORÉAL y WELLA, cuyas tarifas fueron distribuidas posteriormente junto con el acta de la reunión a las demás empresas del G8, tal y como se había acordado en dicha reunión. Junto con el acta se distribuyó el panel internacional en los términos acordados en la reunión (folio 4156) y unas tablas con los resultados de 1993 desagregados para cada una de las empresas y que habían sido objeto de intercambio. Las tablas tenían un contenido similar al de las anteriores reuniones del G8 y que se correspondían con el panel de datos de intercambio por familias de producto resumido y el panel de datos de intercambio, tal y como han sido descritos anteriormente, (folios 102 y 103 y 4154 y 4155).

Como estaba previsto, la reunión del G8 tuvo lugar el 21 de septiembre de 1994 en el Hotel Barajas en Madrid, convocada por WELLA y a la que asistieron representantes de todas las empresas del G8.

Con el acta de la reunión (folios 104 a 108 y 4142 a 4150), se adjuntaba el desglose por empresas de datos relacionados con la venta de diferentes tipos de productos de color en el primer semestre de 1994, es decir, un extracto del panel de datos de intercambio por familias de producto resumido (folios 105 y 4147).

En la misma se pone de manifiesto que se analizó el panel de fabricantes para el primer semestre de 1994 (elaborado por el Censor de Cuentas), comentándose, tal y como se había acordado en la reunión anterior, la información cuantificada en porcentaje de las unidades vendidas de todos los tipos de coloración y acordándose seguir intercambiando la información de la misma manera.

Se comentó la situación de ventas a 31 de agosto de 1994 y se llevó a cabo el intercambio de datos habituales relativos al primer semestre de 1994, en concreto, datos relativos a variación en ventas (en precios y en volumen), variaciones de ventas por familias de productos, participación de ventas en el canal mayorista, incrementos de precios (último y siguiente), datos comerciales relativos a salarios, dietas, etc., así como a financiación a clientes (folios 4148 y 4149).

Según recoge el Acta, "se intercambian los datos y las últimas listas de precios actualmente vigentes".

Y finalmente dice el Acta que, "se toca el tema de los cambios de vendedores de una empresa a otra"...

A la reunión del G8 de 23 de febrero de 1995 convocada por MONTIBELLO en el Aeropuerto de Barcelona, asistieron todos los representantes de las empresas del G8.



En el Orden del día parece como punto 4 "estudio sobre una ordenación de los Precios Recomendados en las líneas de reventa".

De acuerdo con el acta de la reunión remitida el 14 de marzo (folios 109 a 117 y 4138 a 4141), en primer lugar se procedió a la lectura de los resultados del panel de fabricantes relativo al año 1994 elaborado por el Censor Jurado de Cuentas y se intercambiaron los datos de los paneles (de los que se adjunta copia de los resultados al acta), intercambiándose notas de precios y el panel de marcas (adjuntándose al acta el panel de WELLA que no lo distribuyó en dicha reunión)...

Anexos al acta se remiten los cuadros cuyos datos se trataron en la reunión, en concreto, datos relativos a variación en ventas (en precios y en volumen), variaciones de ventas por familias de productos, participación de ventas en el canal mayorista, incrementos de precios (último y siguiente), datos comerciales relativos a salarios, dietas, etc., así como a financiación a clientes (folios 110 y 111) y una plantilla del panel de fabricantes señalando cómo se incardinaban en la misma los principales productos de WELLA (folios 112 y 113)...

La reunión del G8 27 de septiembre de 1995, convocada por EUGENE, tuvo lugar en el Real Club de Polo de Barcelona, y asistieron representantes de todas las empresas del Grupo...

Las empresas intercambiaron sus datos a 31 de agosto de 1995 conforme al formulario, en particular, los datos relativos al panel de datos de intercambio (variaciones en ventas totales, incrementos de tarifas y datos comerciales - salarios, dietas, comisiones y financiación de clientes) y el panel de datos de intercambio por familias de producto resumido (variaciones experimentadas por las ventas de cada familia de productos).

En la reunión se produjo también el intercambio de las tarifas vigentes en ese momento, en particular, respecto de aquellas empresas que habían modificado sus tarifas con posterioridad a la última reunión del G8, procediendo a facilitar a las demás empresas del G8 sus correspondientes listados de precios actualizados...

La siguiente reunión del G8 acreditada es la de 26 de septiembre de 1996, tuvo lugar en Sitges una nueva reunión del G8, convocada por REVLON (actualmente, COLOMER), a la que asistieron representantes de todas las empresas del G8 y en la que se trataron, entre otros, los siguientes temas (folios 138/139 y 4123/4124):...

Junto con el acta se adjuntó el panel de datos de intercambio con los resultados correspondientes al primer semestre de 1996, con la información aportada por cada una de las empresas del G8 y relativa a variaciones en ventas, incrementos de tarifas del 96 y las previstas para 1997, a excepción de las de SCHWARZKOPF (folio 140), datos de comerciales (salarios, dietas, comisiones, etc.), financiación de clientes, así como a las variaciones experimentadas por familias de productos...

Por lo que se refiere al intercambio de tarifas, HENKEL ha aportado en su solicitud de exención las listas de precios del año 1996 correspondientes a HELEN CURTIS (folios 493 y 494), REVLON (folio 495 a 499), EUGENE (folio 500 a 503), L'ORÉAL (folio 504 a 513) y MONTIBELLO (folio 514)...

La reunión del G8 de 27 de febrero de 1997 tuvo lugar una en el Hotel Feria de Barcelona, convocada por LENDAN...

Las empresas del G8 se intercambiaron, como de costumbre, la información desagregada de cada una de ellas a 31 de diciembre de 1996 y relativa a variaciones en ventas, incrementos de tarifas (último aumento y próximo aumento previsto), datos de comerciales (salarios, dietas, comisiones, etc.), y financiación de clientes (el denominado panel de datos de intercambio), así como a las variaciones experimentadas por familias de productos (el denominado panel de datos de intercambio por familias de producto resumido).

La reunión de 16 de septiembre de 1997, tuvo lugar en Madrid en el Hotel Barajas, convocada por SCHWARZKOPF (actualmente, HENKEL).

De acuerdo con el acta (folios 147 a 151 y 4118/4119), en la reunión se comentaron los resultados del panel de fabricantes con datos del primer semestre de 1997, se intercambió información aportada por cada empresa del G8 a 30 de junio de 1997 y correspondiente con el denominado panel de datos de intercambio y con el panel de datos de intercambio por familias de producto resumido y se acordó que la siguiente reunión se celebraría en Barcelona el 24 de febrero de 1998 y sería organizada por HELEN CURTIS (actualmente, DSP).

Por lo que se refiere al intercambio de tarifas, HENKEL ha aportado en su solicitud de exención las listas de precios del año 1997 correspondientes a las marcas de EUGENE (folio 515 a 518), LENDAN (folio 519 a 522), MONTIBELLO (folio 523), REVLON (folio 524 a 528), L'ORÉAL (folio 529 a 532), WELLA (folio 533 a 536) y HELEN CURTIS (folio 537).

La reunión del 24 de febrero de 1998 tuvo lugar en las dependencias de la Cámara de Comercio en el Aeropuerto de Barcelona, organizada por HELEN CURTIS (actualmente, DSP) y a la que asistieron representantes de todas las empresas del G8 (folios 152 a 154 y 4116/4117, etc.)...





De acuerdo con el acta de la reunión, en la misma las empresas del G8 analizaron el panel de fabricantes confeccionado por el Censor Jurado de Cuentas. Como se detectaron algunos errores, se acordó que cada empresa corregiría sus datos con posterioridad a la reunión y los enviaría al Censor Jurado para su nueva confección, antes del 27 de febrero.

Se acuerda que en las próximas reuniones el nivel de representatividad de las empresas del G8 sea de Directores Generales o de División, identificándose expresamente los representantes de cada empresa.

Consta en el expediente el panel de datos de intercambio y el panel de datos de intercambio por familias de producto resumido, con resultados de todo el período 1997 del G8 (folios 1851 y 1852).

HENKEL ha aportado en su solicitud de exención del pago de la multa las listas de precios del año 1998 correspondientes a las marcas de EUGENE (folios 538 a 539) y LENDAN (folios 540 a 546)...

A la reunión G8 celebrada el 22 de septiembre de 1998 asistieron todos los representantes de las empresas del G8 y se trataron los siguientes temas del Orden del Día, (4114 y 4115):

"- Panel de fabricantes: análisis y comentarios.

- Panel de datos de intercambio.

- Tarifas (...)

- Siguiente convocante."...

El 23 de febrero de 1999 tuvo lugar una reunión del G8, organizada por MONTIBELLO, a la que asistieron representantes de cada una de las empresas del G8, así como el Presidente del Comité de Peluquería Profesional de STANPA para tratar cuestiones de interés general relacionadas con la Asociación, (folios 155 a 157 y 4112 y 4113).

De acuerdo con el Orden del Día de dicha reunión, como queda reflejado en el acta de la reunión, en la misma se valoran los resultados del panel de fabricantes correspondientes a 1998 y ante algunas dudas planteadas en relación con los datos analizados, se acuerda reenviar de nuevo al Censor Jurado de Cuentas los datos de determinados productos dada la falta de coherencia en los resultados observados.

Durante la reunión se procedió también al intercambio habitual de la información individualizada de cada una de las empresas del G8 relativa al panel de datos de intercambio con información correspondiente a todo el año 1998, (panel de datos de intercambio y panel de datos de intercambio por familias de producto resumido), con información relativa a variaciones de ventas, incrementos de precios, salarios, comisiones, financiación de clientes y variaciones por familias de productos que está acreditado en el expediente en información recabada en las inspecciones (folios 1844 y 1845 y 2368 y 2369)...

El 28 de septiembre de 1999 tuvo lugar la reunión del G8, convocada por EUGENE y a la que asistieron los representantes de cada una de las empresas del G8, así como el Presidente del Comité de Peluquería Profesional de STANPA para tratar cuestiones de interés general relacionadas con esta Asociación, como queda reflejado en el acta de dicha reunión (folios 159 a 162 y 4109 a 4111).

De acuerdo con el orden del día reflejado y del acta de esta reunión, se analizaron los resultados del panel de fabricantes relativo al primer semestre de 1999 y se procedió al intercambio habitual de datos y tarifas...

El 22 de febrero de 2000 tuvo lugar la reunión del G8, convocada por L'ORÉAL y a la que asistieron representantes de todas las empresas del G8, tal y como se refleja en el acta de la reunión (folios 163 a 165 y 4105 y 4106).

En la misma se analizaron el panel de datos de intercambio -con información desagregada de cada una de las 8 empresas del G8, relativa a variación de ventas, incremento de tarifas, datos de salarios, comisiones, etc., y datos de financiación a clientes- y el panel de datos de intercambio por familias de productos -tanto el panel resumido en unidades, que mostraba la tendencia de las ventas, como aquél que arrojaba la cifra de ventas- con datos relativos al total del ejercicio 1999 (folios 2363 a 2365).

En esta reunión se analizó el panel de fabricantes de 1999, acordándose revisar y enviar al Censor Jurado de Cuentas los datos relativos a determinadas líneas de producción y se acuerda, una vez más, que para dicho panel el único criterio es el de la cifra contable en lo que se refiere a la columna de ventas netas.

En la reunión se procedió también al intercambio de tarifas y se trató el tema del panel de datos de intercambio por familias...

Reunión del G8 de 26 de septiembre de 2000...

Tal y como consta en el acta de esta reunión remitida por COLOMER el 20 de octubre de 2000 a todas las empresas del G8 (folios 172 a 180), a la que se adjuntaban los paneles de datos de intercambio, durante la misma



se intercambiaron los datos correspondientes al panel de datos de intercambio, generales y por categorías de producto, y las tarifas de todas las empresas del G8, a excepción de EUGENE, cuyas tarifas se enviaron más tarde, adjuntándose una lista detallada de productos de EUGENE de distintas líneas, expresando su tamaño, su precio, su contenido y su presentación, a fecha de julio y octubre del año 2000 (folios 178 a 180)...

El 27 de febrero de 2001 tuvo lugar la reunión del G8, previa convocatoria de LENDAN, en el Gran Hotel Rey Don Jaime de Castelldefels, a la que asistieron representantes de todas las empresas del G8, así como el Presidente del Comité de Peluquería Profesional de STANPA, para tratar cuestiones de interés general relacionadas con la Asociación.

En esta reunión se trataron los siguientes temas, de acuerdo con el orden del día previsto en la correspondiente convocatoria, como queda reflejado en el acta de la reunión (folios 196 a 201):

"1.- Panel de Fabricantes,

2.- Intercambio datos por familias

3.- Última tarifa de precios.

4.- Otros"....

El 26 de septiembre de 2001 tuvo lugar la reunión del G8 en el Gran Hotel Rey Don Jaime de Barcelona, tal y como consta en la convocatoria enviada por correo electrónico el 17 de julio de 2001 por SCHWARZKOPF, (actualmente, HENKEL), a las empresas del G8 junto con la agenda propuesta y los ficheros a completar para dicha reunión, que debían rellenarse y enviarse al Censor antes del 3 de agosto del mismo año (folio 350 a 355)...

Además, las empresas del G8 intercambiaron sus datos así como las últimas tarifas, indicándose en el acta...

El 18 de enero de 2002, DSP convocó a través de correo electrónico a todos los representantes del G8 a la reunión que tendría lugar en el Hotel Rey Don Jaime de Castelldefels (Barcelona), el 26 de febrero de 2002, adjuntando el Orden del Día y la agenda propuesta, la plantilla de datos de intercambio por familias individualizado para cada empresa del G8 y el panel de ventas por provincia del año 2001 para su envío al Censor Jurado de Cuentas, antes del 31 de enero de 2001, y la plantilla de datos de intercambio "para su uso en la Reunión" (folio 218 a 225)...

Según el acta (folios 212 a 217) a esta reunión del G8 asistieron representantes de todas las empresas del G8, y durante la reunión se puso de manifiesto el descontento con el Censor Jurado de Cuentas y se acordó buscar uno nuevo.

Tras analizar el panel de fabricantes del 2001 (468 a 473), se acordó la creación de dos paneles de fabricantes distintos que englobarían, por una parte, las marcas principales de las empresas del G8 y, por otra, las marcas anexas pertenecientes a alguna de las empresas del G8 (las ya mencionadas anteriormente INTERCOSMO, REDKEN y SEBASTIÁN).

En cuanto al intercambio de tarifas, se indica que DSP enviaría sus tarifas junto con el acta, "dada la fecha prevista de aplicación de su aumento" y respecto a los datos de intercambio se indica en el acta:

"5. PANEL DE DATOS DE INTERCAMBIO:

a. Todos los integrantes enviarán, a partir de los datos relativos a 2002, sus cifras al Censor Jurado, trimestralmente.

b. Los importes facturados se facilitarán netos, es decir descontados los rápeles.

c. Se acuerda incluir dos nuevos apartados en el PANEL DE FABRICANTES con el objetivo de analizar su evolución

i. Número de Pedidos. Estos datos incluirán el número de pedidos de los últimos 12 meses a la fecha (Año móvil)

ii. Número de Clientes Activos. Estos datos incluirán el número de clientes activos en los últimos 12 meses a la fecha (Año móvil)"....

El 24 de julio de 2002 WELLA convocó a las empresas del G8 a la reunión del G8 que se celebraría el 25 de septiembre del mismo año en el Hotel Sofitel Madrid Airport (folios 227 y 1815)...

El Orden del Día propuesto era el siguiente:

"1. Panel de Fabricantes 1 (empresas actuales).

2. Panel de Fabricantes 2 (Redken, Intercosmo, Sebastian).

3. Intercambio datos por familias.

4. Últimas tarifas."



De acuerdo con el acta (228 y 244 a 246), a la reunión asistieron todas las empresas del G8. En dicha reunión se hicieron aclaraciones acerca de la composición y el modo de cálculo de las rúbricas que conformaban el panel de fabricantes y se advirtió un error en el intercambio de datos por familias, por lo que se acordó que las empresas del G8 deberían revisar sus cifras para cerciorarse de que eran correctas....

El 26 de febrero de 2003 tuvo lugar una reunión del G8, a la que asistieron representantes de las 8 empresas del G8, como se refleja en el acta de dicha reunión (folio 4087 y 4088), que recoge como puntos del Orden del Día, entre otros, el análisis de los datos del panel de fabricantes, la forma futura de compartir los datos "Ventas por Provincias" y el panel de datos de intercambio....

La reunión del G8 de 23 de septiembre de 2003 se celebró en el Hotel Fira Palace de Barcelona, como lo acredita un correo electrónico de 10 de septiembre de 2003 enviado por EUGENE a todas las empresas del G8, adjuntando el Orden del Día y remitiendo la plantilla del panel de datos de intercambio para su uso en la reunión (folios 254 y 4085). El Orden del Día era:

- "1. Análisis del panel de fabricantes 1º semestre 2003.
2. Panel de datos de intercambio (se adjunta Panel).
3. Intercambio últimas tarifas y Precios de Venta recomendados.
4. Información reuniones del Subgrupo de peluquería de Stanpa.
5. Gestión en el futuro de los datos del Panel y definición de la periodicidad de los intercambios.
6. Cambios de productos a clientes: exposición y comentarios sobre las políticas seguida por cada Compañía. Posibilidad de reducir su incidencia en nuestro sector".

El Acta, remitida el 23 de octubre de 2003 por EUGENE constata la asistencia de todas las empresas del Grupo y lo tratado en esta reunión (folios 4083 y 4084)...."

A continuación se describen en la Resolución impugnada las reuniones entre las ocho empresas antes señaladas y STANPA, de 24 de febrero de 2004, 21 de septiembre de 2004, 22 de febrero de 2005, 22 de septiembre de 2005, 22 de febrero de 2006, 22 de septiembre de 2006, 22 de febrero de 2007 y 28 de febrero de 2008, de contenido análogo a las anteriores, y de 2 de abril de 2008 y 21 de febrero de 2008 en las que se trataron cuestiones puntuales.

**TERCERO** : La conducta se habría iniciado el 8 de febrero de 1989, se habría prolongado durante la vigencia de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y habría continuado bajo la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2007, hasta el 28 de febrero de 2008.

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

Iniciaremos el análisis de las alegaciones de la demanda en las cuestiones relativas a caducidad y prescripción.

El 16 de junio de 2008 la Dirección de Investigación de la CNC, de conformidad con lo establecido en el artículo 49.1 de la LDC, acordó la incoación del expediente sancionador S/0086/08. El 1 de julio de 2008 la empresa L'ORÉAL interpuso recurso ante el Consejo de la CNC contra la actividad inspectora de la DI realizada en su sede. El 3 de julio de 2008 STANPA interpuso recurso ante el Consejo de la CNC contra la actuación inspectora de la DI llevada a cabo en las sedes de la asociación. Por sendas Resoluciones de fecha 3 de octubre de 2008, el Consejo de la CNC desestimó los recursos interpuestos por ambas entidades. El 30 de julio de 2008 la Audiencia Nacional había reclamado el expediente en el marco de un recurso contencioso-administrativo interpuesto por STANPA contra la Orden de Investigación de la inspección de la sede de STANPA en Madrid, en el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales. El 14 de enero de 2009 la Audiencia Nacional comunicó la ampliación del recurso de protección de derechos fundamentales interpuesto por STANPA a la Resolución del Consejo de la CNC de 3 de octubre de 2008. La Audiencia Nacional dictó Sentencia parcialmente estimatoria el 30 de septiembre de 2009.

A este respecto se afirma en la Resolución impugnada:

"El 2 de septiembre de 2008, teniendo en cuenta la interposición por STANPA del recurso contencioso-administrativo por el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales y en virtud de lo

*dispuesto en el artículo 37.1.d) de la LDC y en el artículo 12.1.f) del RDC, la DI acordó la suspensión del cómputo del plazo máximo de resolución del expediente desde la fecha de dicho acuerdo, que fue notificado a las partes, indicando que de conformidad con el artículo 37.4 de la LDC, la suspensión del plazo máximo de resolución no suspendería la tramitación del procedimiento y que el levantamiento de dicha suspensión se acordaría una vez resuelto el citado recurso, notificando a los interesados la nueva fecha de finalización del plazo máximo de resolución. 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 la DI procedió al levantamiento de la suspensión del cómputo del plazo máximo de resolución del expediente, reanudándose el mismo desde esa misma fecha, lo que fue notificado a los interesados."*

Estos datos no son contradichos en la demanda.

El 2 de septiembre de 2008 la DI acordó la suspensión del procedimiento, que alzó el 1 de diciembre de 2009. La CNC admite que la sentencia de 30 de septiembre de 2009 se notificó al Sr. Abogado del Estado el 20 de octubre de 2009 con efectos desde el 21 de octubre de 2009, y por ello ha de entenderse que el alzamiento de la suspensión se produce el 22 de octubre de 2009. Esta es la interpretación que acoge la Sala.

El artículo 37 de la Ley 15/2007 establece:

*"1. El transcurso de los plazos máximos previstos legalmente para resolver un procedimiento se podrá suspender, mediante resolución motivada, en los siguientes casos:...*

*d) Cuando se interponga el recurso administrativo previsto en el artículo 47 o se interponga recurso contencioso-administrativo...*

*3. La suspensión de los plazos máximos de resolución no suspenderá necesariamente la tramitación del procedimiento."*

El artículo 12 del Reglamento 261/2008 :

*"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."*

Hemos de interpretar estos preceptos de forma análoga a como lo hace la CNC, pues el día siguiente al de la resolución del incidente ha de venir referido a la fecha de la notificación de la sentencia. Ahora bien, ni aún admitiendo las tesis actoras de que el levantamiento de la suspensión habría de producirse el 1 de octubre de 2009, puede apreciarse la caducidad.

Efectivamente, el 31 de enero de 2011 se suspende el plazo a fin de comprobar los documentos obtenidos en el registro de la sede de STANPA en Barcelona, y se alza al presentarse las alegaciones el 28 de febrero de 2011. No es cierto, como afirma la recurrente, que la identificación de documentos fuese una suspensión artificiosa, toda vez que dichos documentos habrían de excluirse del expediente y, por ello, era necesario para determinar el material probatoria a considerar en la resolución del expediente sancionador.

Se alega prescripción. El artículo 68.1 de la Ley 15/2007 determina en cuatro años el plazo de prescripción de las infracciones muy graves.

La CNC ha calificado, correctamente, la conducta como infracción única y continuada, como después analizaremos; por lo que hemos de entender que el plazo de prescripción comienza, en la hipótesis más favorable al recurrente, el 21 de febrero de 2008, momento en el que se tiene constancia de la última reunión.

**CUARTO** : Consideraremos las reflexiones que sobre infracción única y continuada y cártel se contienen en la reciente jurisprudencia del TJ.

Sobre la infracción continuada la sentencia de 6 de diciembre de 2012, c-441/11 :

*"41 Según reiterada jurisprudencia, una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, puede resultar no sólo de un acto aislado, sino también de una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado, aun cuando uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado puedan también constituir por sí mismos y aisladamente considerados una infracción de la citada disposición. Por ello, cuando las diversas acciones se inscriben en un «plan conjunto» debido a su objeto idéntico que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, la Comisión puede imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto ( sentencias Comisión/Anic Partecipazioni, antes*



citada, apartado 81, así como de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartado 258).

42 Una empresa que haya participado en tal infracción única y compleja mediante comportamientos propios, subsumibles en los conceptos de acuerdo o de práctica concertada con un objeto contrario a la competencia en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, y que pretendían contribuir a la ejecución de la infracción en su conjunto, puede así ser también responsable de los comportamientos adoptados por otras empresas en el marco de la misma infracción durante todo el período de su participación en dicha infracción. Así sucede cuando se acredita que la citada empresa intentaba contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que tuvo conocimiento de los comportamientos infractores previstos o ejecutados por otras empresas para alcanzar los mismos objetivos o que pudo de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo (sentencias antes citadas Comisión/Anic Partecipazioni, apartados 87 y 203, así como Aalborg Portland y otros/Comisión, apartado 83).

43 En consecuencia, una empresa puede haber participado directamente en todos los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, en cuyo caso la Comisión puede imputarle conforme a Derecho la responsabilidad de todos esos comportamientos y, por tanto, la citada infracción en su totalidad. Asimismo, una empresa puede haber participado directamente sólo en una parte de los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, pero haber tenido conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por los demás participantes en el cartel para alcanzar los mismos objetivos o haber podido preverlos de forma razonable y haber estado dispuesta a asumir el riesgo. En tal caso, la Comisión también puede lícitamente imputarle a dicha empresa la responsabilidad de la totalidad de los comportamientos contrarios a la competencia que componen tal infracción y, por consiguiente, de ésta en su totalidad."

La recurrente participó en todas las reuniones desarrolladas en el seno del cártel, tenía conocimiento de las mismas, facilitó la información que le correspondía, por tanto la desobediencia al cártel que afirma, es irrelevante para la imputación, como autora de la infracción única y continuada del artículo 1 de la LDC tanto en la redacción de la Ley 16/1989 y Ley 15/2007.

Ya hemos señalado en anteriores ocasiones que un cártel consiste en un acuerdo informal entre empresas del mismo sector, que tienen por finalidad reducir o eliminar la competencia en un determinado mercado. Implica un control sobre la producción y la distribución de bienes y servicios, de tal manera que mediante la colusión de las empresas que lo forman, estas crean una estructura de mercado monopolística o cuasi monopolística, para obtener un poder sobre el mercado y los mayores beneficios posibles en perjuicio de los consumidores.

Este es, en esencia, el concepto que recoge la disposición adicional cuarta de la Ley 15/2007 :

"2. A efectos de lo dispuesto en esta Ley se entiende por cártel 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."

De los hechos recogidos en la Resolución resulta, sin dudas, la existencia de un acuerdo sobre datos relativos a precios, intercambio de información sobre volumen de ventas, variaciones de ventas por familias de productos, participación de ventas en el canal mayorista, datos comerciales relativos a salarios, dietas, etc., así como a financiación a clientes y fabricantes.

Veamos ahora la cuestión relativa a la valoración de la prueba.

La sentencia del TJ de de 6 de diciembre de 2012, c-441/11 , declara:

"70 A este respecto, procede recordar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, en la mayoría de los casos, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia se infiere de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia ( sentencias Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartado 57, así como de 21 de septiembre de 2006 , Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, C-105/04 P, Rec. p. I- 8725, apartado 94).

71 Tales indicios y coincidencias, evaluados globalmente, no sólo pueden revelar la existencia de acuerdos o prácticas contrarios a la competencia, sino también la duración de prácticas colusorias continuadas y el período de aplicación de acuerdos celebrados en contra de las reglas en materia de competencia (véase, en este sentido, la sentencia Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, antes citada, apartados 95 y 96).

72 Por lo que respecta a la falta de prueba sobre la existencia de un acuerdo durante algunos períodos determinados o, al menos, en cuanto a su ejecución por una empresa durante un período concreto, procede

recordar que el hecho de que no se haya aportado tal prueba para algunos períodos determinados no impide considerar que la infracción existió durante un período global más largo que dichos períodos, a condición de que tal comprobación se base en indicios objetivos y concordantes. En el marco de una infracción que dura varios años, el hecho de que las manifestaciones del acuerdo se produzcan en períodos diferentes, pudiendo separarse por intervalos de tiempo más o menos largos, no influye en la existencia de dicho acuerdo, siempre que las diferentes acciones que formen parte de esta infracción persigan una única finalidad y se inscriban en el marco de una infracción única y continuada (véase, en este sentido, la sentencia *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión*, antes citada, apartados 97 y 98).

73 Asimismo, de la jurisprudencia resulta que la aprobación tácita de una iniciativa ilícita sin distanciarse públicamente de su contenido o sin denunciarla a las autoridades administrativas produce el efecto de incitar a que se continúe con la infracción y pone en riesgo que se descubra. Esta complicidad constituye un modo pasivo de participar en la infracción que puede conllevar la responsabilidad de la empresa afectada (sentencia *Aalborg Portland y otros/Comisión*, antes citada, apartado 84).

74 Por otro lado, una empresa no puede eximirse de su responsabilidad invocando que no haya participado en todos los elementos constitutivos de una práctica colusoria o de que su papel en la realización de los aspectos en los que haya participado fue limitado, dado que estas circunstancias no cuestionan su responsabilidad por la infracción. En efecto, sólo procede tomar en consideración dichas circunstancias cuando se valore la gravedad de la infracción y, en su caso, se determine el importe de la multa (sentencia *Aalborg Portland y otros/Comisión*, antes citada, apartado 86)."

Se ha acreditado la participación de la recurrente en las reuniones descritas, también los asuntos que se trataron en ellas, no se ha acreditado denuncia o separación pública del cártel por la recurrente, por ello, el que aparezca escasamente citada en la documentación aportadas por la empresas solicitantes de clemencia, no impide apreciar suficientemente probados los hechos que se le imputan.

**QUINTO** : Se afirma por la actora incorrecta tipificación en el artículo 1 de la LDC de la conducta imputada.

Se afirma que el intercambio de información no es contrario a la libre competencia, y que el acuerdo no es cártel porque no era secreto.

El artículo 1 de la Ley 16/1989 , dispone:

"1. 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 en parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:..."

El artículo 1 de la Ley 15/2007 establece:

"1. 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 en parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:..."

Pues bien, no puede negarse que un intercambio de información de las características descritas tiende directamente a hacer desaparecer la incertidumbre en el mercado y tiene aptitud para homogeneizar comportamientos comerciales.

El acuerdo de precios es una de las conductas claramente subsumibles en el artículo 1 de ambas Leyes.

Los acuerdos son secretos en la medida en que no eran conocidos por el mercado de manera pública, sino tan solo por las empresas integradas en el cártel. Así, a las reuniones eran llamadas las ocho empresas y posteriormente incluyéndose a STANPA, solo ellas participaban en las reuniones, y solo sus voluntades concurrían a los acuerdos. Se trata, pues, de un cártel.

Respecto a la prueba de efectos sobre la competencia del cártel no es necesaria por dos razones, la primera, porque siendo una conducta por objeto no es necesaria la prueba de efectos anticompetitivos, y, en segundo lugar, porque el comportamiento es apto para distorsionar la competencia.

El informe pericial unido al ramo de prueba, concluye: a) que los incrementos de precios de la recurrente, aún cuando fueron incrementados en el periodo de la conducta imputada, no han seguido la misma tendencia de los G8; b) las tarifas fijadas por la recurrente, tampoco siguieron al resto de las competidoras. Ahora bien, el informe parte de la real existencia de intercambio de información y de la existencia de un incremento de precios aplicado por la actora, aún cuando no coincida con sus competidoras, por lo que la colusión no ha sido desvirtuada.

**SEXTO** : Se alega infracción del principio de legalidad y proporcionalidad en la cuantificación de la sanción.

Esta Sala se ha pronunciado reiteradamente sobre la aplicación e interpretación de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 . Recientemente el Tribunal Supremo ha resuelto, conociendo en casación frente a la sentencia de esta Sala de 24 de junio de 2013 , sobre las cuestiones planteadas respecto a la interpretación y aplicación de tales preceptos en su sentencia de 29 de enero de 2015, recurso 2872/2013 , que ha sido seguida por otras posteriores del mismo tenor. Veremos la parte dispositiva de la citada sentencia y, posteriormente, destacaremos algunos de los fundamentos jurídicos que la justifican.

En el fallo de la sentencia leemos:

*"Primero.- Ha lugar al recurso de casación número 2872/2013, interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia dictada con fecha 24 de junio de 2013 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 29/2012 tan sólo en lo que se refiere a la interpretación que el tribunal de instancia hace de la expresión "volumen total de negocios" inserta en el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 .*

*Segundo. - Procede mantener la estimación parcial, acordada por la Sala de instancia, del recurso contencioso administrativo número 29/2012, interpuesto por "BCN Aduanas y Transportes, S.A." contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 1 de diciembre de 2011 (expediente S/0269/10), en cuando declara la nulidad de la sanción de multa impuesta y ordena a la referida Comisión (actualmente la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia) que la imponga conforme a Derecho. A estos efectos, el cálculo de la multa deberá hacerse por aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 según los términos expuestos en los fundamentos jurídicos de esta sentencia.*

*Tercero.- No hacer imposición de costas."*

De los fundamentos jurídicos destacamos:

*" La Sala de la Audiencia Nacional reitera en esta sentencia el mismo criterio que ya había mantenido en algunas precedentes, a partir de la dictada el 6 de marzo de 2013 en el recurso número 619/2010, sobre la interpretación del artículo 63.1 de la Ley 15/2007 , criterio que ha consolidado en otras posteriores y del que discrepa en este caso una de las magistradas de la Sección.*

*En síntesis, la Sala de instancia interpreta la expresión "multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora" (que es la aplicable a las infracciones muy graves según el mencionado artículo 63.1 de la Ley 15/2007 ) en un doble sentido:*

*A) El porcentaje del volumen de negocios (hasta el diez por ciento para las infracciones muy graves, cinco por ciento para las menos graves y uno por ciento para las leves) debe ser utilizado como cifra máxima de la "escala" o "arco sancionador" dentro del cual se ha de situar la multa, en función de la gravedad de la conducta. El límite del diez por ciento no constituye, pues, un mero "umbral de nivelación" que opere a posteriori sobre el importe de la multa determinado conforme a criterios que permitan fijar un "importe de base" mayor.*

*B) El volumen de negocios sobre el que debe aplicarse el porcentaje es el correspondiente 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". Lo que significa que no se incluyen en aquella cifra de "negocios" los ingresos obtenidos por la empresa sancionada en otros mercados o ramas de actividad."*

Continúa la citada sentencia:

*"Quinto.- La interpretación del artículo 63.1 de la Ley 15/2007 según los criterios hermenéuticos usuales en Derecho conduce a esta Sala a concluir que los porcentajes fijados como límites superiores de las posibles multas (esto es, el uno, cinco o diez por ciento del "volumen de negocios total de la empresa infractora", según se trate de infracciones leves, graves o muy graves respectivamente) constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje. La preposición "hasta" -que se repite por tres veces, una para cada porcentaje, en el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 - denota el término o límite máximo del volumen de ventas utilizable a efectos del cálculo de la sanción (dejamos al margen, por el momento, el significado del adjetivo "total" aplicado al sustantivo "volumen de negocios").*

*Esta es una interpretación que seguramente no plantearía problemas desde la perspectiva del derecho nacional si no fuese por la incidencia de un elemento externo -el artículo 23, apartado 2, párrafos segundo y tercero, del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (en lo sucesivo, Reglamento 1/2003) - al que más tarde haremos referencia. Responde a lo que es usual en las normas sancionadoras administrativas, en las que el legislador fija un intervalo (un espacio entre dos valores, uno máximo y otro mínimo) de las sanciones pecuniarias posibles, bien haciéndolo en términos fijos (multa de 1 euro hasta x euros) bien en términos porcentuales (multa*



del correspondiente tanto por ciento, desde 0 hasta x, de una determinada magnitud, sea ésta el volumen de negocios de la empresa, la cantidad tributaria defraudada, el contenido económico de la operación de blanqueo de capitales detectada, u otras similares).

Desde esta perspectiva cada uno de los porcentajes máximos establecido por el artículo 63.1 de la Ley 15/2007, en función de la calificación de la conducta como infracción leve, grave o muy grave, tiene la misma naturaleza, lo que revela -junto con el resto de consideraciones que hacemos- la debilidad del argumento que emplea el Abogado del Estado cuando sostiene que uno de ellos (el diez por ciento) no ha de ser tomado en consideración para el cálculo de las sanciones sino como factor de moderación a posteriori, esto es, una vez calculadas éstas. Para el Abogado del Estado aquel porcentaje operaría únicamente como límite extrínseco, como "un umbral máximo que, cualquiera que sea el proceso de cálculo empleado, la sanción finalmente impuesta no podrá superar". La finalidad de este límite del diez por ciento sería, a su juicio, la de evitar que "la imposición de la multa convierta en inviable el negocio o la actividad de la empresa, lo que haría perder su finalidad al ejercicio de la potestad sancionadora en dicho ámbito, por cuanto la desaparición de una empresa en cierto sector en nada ayuda a la competencia en el mismo". El argumento del Abogado del Estado, sin embargo, no parece ser aplicable a los otros dos límites porcentuales (el uno y el cinco por ciento) pues difícilmente una multa cuyo máximo fuera equivalente al uno por ciento del volumen de negocios podría desencadenar aquellos efectos.

Si partimos, como premisa, de que los porcentajes empleados por la legislación española para las infracciones leves y graves (el uno y el cinco por ciento) tienen, en la configuración normativa del artículo 63.1 de la Ley 15/2007, el mismo significado y carácter que el diez por ciento para las infracciones muy graves, la tesis del Abogado del Estado que acabamos de exponer -y que coincide con la que asume la Comunicación de 6 de febrero de 2009, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea, actuales 101 y 102 del TFUE - dicha tesis, decimos, no resulta aceptable.

La cuantificación de las sanciones por infracción de la normativa de competencia llevada a cabo según las pautas de la Comunicación de 6 de febrero de 2009 implica en un primer momento fijar el "importe básico de la sanción" sin sujeción a escala alguna. Puede emplearse como valor base un porcentaje incluso del treinta por ciento del volumen de ventas afectado por la infracción. A esta cifra se le aplica, además, ulteriormente un "coeficiente de ajuste" según las circunstancias agravantes o atenuantes que se aprecien, lo que permite que por cada una de las agravantes -que pueden ser, obviamente, varias- se aumente el importe básico en un porcentaje adicional de entre un cinco y un quince por ciento. Y sólo en una tercera fase se ajusta, "cuando proceda", la cantidad así obtenida a los límites fijados en el artículo 63 de la Ley 15/2007. El método implica, en una buena parte de los casos, establecer un sesgo al alza de los importes de las multas no adaptado a las exigencias del principio de proporcionalidad, para aplicar ulteriormente sólo a modo de correctivo el porcentaje del diez por ciento del volumen de negocios.

Pues bien, este método de cálculo podrá ser aceptable en aplicación del artículo 23 del Reglamento 1/2003 para las sanciones que impone la Comisión Europea (a ello nos referiremos acto seguido) pero no se aviene con la norma legal española. El artículo 63 de la Ley 15/2007 marca los límites para la imposición de las sanciones en cada una de las tres categorías de infracciones no en cuanto "umbral de nivelación" sino en cuanto cifras máximas de una escala de sanciones pecuniarias en el seno de la cual ha de individualizarse la multa. Se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica. Cada uno de esos tres porcentajes, precisamente por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría, han de servir de referencia para, a partir de ellos y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones.

El Abogado del Estado defiende, por el contrario, que el límite del diez por ciento actúa únicamente como ulterior "umbral de nivelación" de la sanción ya definida. Con esta expresión (que, por lo demás, no figura en el Reglamento 1/2003 aunque sí en la versión en español de algunas sentencias del Tribunal de Justicia) se quiere identificar lo que hemos denominado "límite extrínseco" aplicable a las sanciones, una vez fijada previamente la cuantía "apropiada" de éstas según el método de cálculo que hace suyo la Comunicación de la Comisión Nacional de Competencia. Dejaremos aparte el hecho de que, en castellano, el término "umbral" no tiene el significado que se emplea en el recurso: umbral es la parte inferior o escalón contrapuesto al dintel, en la puerta o entrada de una casa, o, según su tercera acepción registrada, el "valor mínimo de una magnitud a partir del cual se produce un efecto determinado", no un valor máximo. Pero tal límite extrínseco, repetimos, no se contiene en la Ley española aunque sí lo haga en el Reglamento 1/2003.

Incluso si admitiéramos -a efectos dialécticos, pues ya hemos rechazado esta interpretación- que el porcentaje del diez por ciento constituye en la Ley 15/2007 un mero "umbral de nivelación", el problema de la inexistencia de unos valores mínimo y máximo para fijar previamente la multa seguiría subsistiendo.



La existencia en nuestro ordenamiento de este tipo de límites ulteriores presupone que las respuestas sancionadoras han sido previamente determinadas, e individualizada la pena, conforme a las reglas legales y las exigencias constitucionales de taxatividad en el derecho punitivo. Por poner un ejemplo fácilmente comprensible, las penas privativas de libertad han de imponerse en función de los años de prisión que marquen los tipos correspondientes, no al margen de éstos. Y sólo después, en ciertos casos, la Ley fija un "límite máximo" excepcional, o cláusula de cierre, de "cumplimiento efectivo", de modo que condenas válidamente impuestas, según las pautas legales, a decenas o cientos de años queden ulteriormente "limitadas" ( artículo 76 del Código Penal ) a sólo cuarenta, por ejemplo. Pero la limitación, repetimos, opera una vez que las sanciones penales han sido fijadas conforme a las reglas legales que marcan los máximos y mínimos del tiempo de prisión aplicable a cada delito. No cabría en nuestro Derecho punitivo que esta operación, anterior a la de aplicar la cláusula de cierre, se llevara a cabo sin la existencia de un precepto legal que previera el máximo de la propia sanción."

Respecto a la aplicación del Reglamento 1/2003 CE, se afirma:

"Sexto.- Avanzábamos en el fundamento de derecho precedente que la interpretación del artículo 63.1 de la Ley 15/2007 que acogemos es la que "naturalmente" dimana de su tenor y del sentido de las escalas de multas máximas y mínimas, además de tratarse de la seguida en nuestro derecho sancionador tanto administrativo como (a fortiori) penal. El intento -por parte de la Comisión Nacional de Competencia y del Abogado del Estado- de armonizar la aplicación de las normas nacionales de defensa de la competencia con las de la Unión Europea, cuando las conductas infractoras lo son simultáneamente de aquéllas y de los artículos 101 y 102 del TFUE , puede explicar -pero no justifica- que hayan optado por no acoger dicha interpretación y la sustituyan por el empleo del método de cálculo de las multas utilizado por la Comisión Europea para las sanciones pecuniarias que esta institución impone al amparo del Reglamento 1/2003, método de cálculo que la Comisión Nacional de Competencia y el Abogado del Estado parecen entender preceptivo y aplicable directamente por las propias autoridades nacionales españolas.

La premisa de la que parte el Abogado del Estado (que refleja, obviamente, la tesis de la Comisión Nacional de Competencia sobre la materia) no es, sin embargo, correcta y lleva razón la tesis mayoritaria de la Sala de instancia también en este punto. Basta para ello recordar que la propia Comisión Europea admite cómo la legislación de la Unión Europea en esta materia (por lo que aquí respecta, el tan citado Reglamento 1/2003) no ha impuesto un modelo uniforme en el diseño de los regímenes nacionales de aplicación de las normas de competencia. Los Estados miembros han de confiar a sus respectivas autoridades de defensa de la competencia la aplicación efectiva de los artículos 101 y 102 del TFUE , pero el Reglamento 1/2003 les otorga (a los Estados) libertad para determinar sus propias sanciones en la aplicación en su territorio de las normas de competencia de la Unión. Como es obvio, dentro de cada Estado el establecimiento y el diseño normativo de estas sanciones nacionales corresponderá, conforme a sus disposiciones constitucionales, al órgano que ostente la competencia legislativa en sentido amplio (propia o delegada), órgano que en nuestro caso no es precisamente la Comisión Nacional de Competencia (actual Comisión Nacional de los Mercados).

Siendo cierto, repetimos, que los Estados miembros han de garantizar la ejecución de los artículos 101 y 102 del TFUE bajo los principios generales de efectividad y equivalencia (lo que implica aplicar las mismas normas sustantivas para calificar las conductas que tengan la dimensión y características a las que se refieren ambos), también lo es que ni el Reglamento 1/2003 ni el resto de la legislación de la UE regula o armoniza las cuestiones que atañen a los procedimientos y a las propias sanciones. En otras palabras, la Comisión Europea y las autoridades nacionales de competencia, aun cuando apliquen las mismas normas sustantivas, lo hacen con procedimientos y sanciones que -hasta este momento- no son objeto de una regulación armonizada."

Respecto al elemento "volumen de negocios total", se afirma:

"Como bien afirma el tribunal de instancia, no hay problemas respecto al elemento temporal de aquella magnitud, dada la claridad del precepto en este punto: el año o ejercicio de referencia es el inmediatamente anterior a aquel en que se dicta la resolución sancionadora...

La expresión "volumen de negocios" no es en sí misma conceptualmente diferente de la expresión "volumen de negocios total", como se ha destacado con acierto. Sin embargo, cuando el legislador de 2007 ha añadido de modo expreso el adjetivo "total" al sustantivo "volumen" que ya figuraba, sin adjetivos, en el precepto análogo de la Ley anterior (así ha sucedido con el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 frente a la redacción del artículo 10.1 de la Ley 16/1989 ), lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al "todo" de aquel volumen. En otras palabras, con la noción de "volumen total" se ha optado por unificar el concepto de modo que no quepa distinguir entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad de la empresa autora de la infracción. Voluntad legislativa acorde con esta interpretación que, como bien recuerda el voto particular, rechazó las propuestas de modificación del texto,

expuestas en los trabajos preparatorios de su elaboración, que específicamente intentaban reducir el volumen de ventas a tan sólo las realizadas en el mercado afectado por la infracción...

Que ello sea así no implica, sin embargo, que la cifra de negocios referida a ámbitos de actividad distintos de aquel en que se ha producido la conducta anticompetitiva resulte irrelevante a los efectos del respeto al principio de proporcionalidad, de necesaria aplicación en el derecho sancionador. Lo es, y de modo destacado, pero en el momento ulterior de individualización de la multa, no para el cálculo del importe máximo al que, en abstracto y en la peor (para el sancionado) de las hipótesis posibles, podría llegarse.

Noveno.- Esta última consideración conduce por sí sola a la aplicación del artículo 64.1 de la Ley 15/2007. En él se ofrece a la autoridad administrativa -y al juez en su función revisora de plena jurisdicción la suficiente cobertura para atender, como factor relevante entre otros, a la cifra o volumen de negocios de la empresa infractora en el sector o mercado específico donde se haya producido la conducta.

En efecto, el artículo 64.1 de la Ley 15/2007 exige que, dentro de la escala sancionadora -interpretada en el sentido que ya hemos declarado- se adecue el importe de la multa en función de criterios tales como la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, la cuota que dentro de él tenga la empresa infractora y los beneficios ilícitos por ella obtenidos como consecuencia de la infracción. Son criterios, pues, que inequívocamente remiten a la concreta distorsión de la competencia que se haya producido en cada caso, esto es, a la consumada en el seno de un determinado sector o mercado donde opera la entidad sancionada, que puede, o puede no, simultáneamente operar en otros mercados.

Si es válido utilizar el "volumen de negocios total" de la entidad para el cálculo del porcentaje máximo aplicable a la más grave de las conductas posibles, en el caso de las empresas "multiproducto" la evaluación pormenorizada de la concreta conducta infractora, dentro del sector específico de actividad y con arreglo a aquellos criterios, permitirá igualmente atender las exigencias del principio de proporcionalidad en el sentido al que tienden las reflexiones de la Sala de instancia en su parecer mayoritario, esto es, tomando en cuenta aquel elemento junto con el resto de los que incluye el artículo 64.1 de la Ley 15/2007."

Concluye la repetida sentencia:

"Procede, pues, el mantenimiento del fallo de instancia en cuanto ordena a la Comisión Nacional de Competencia (actualmente la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia) que imponga de nuevo la sanción pecuniaria "en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados", si bien atemperando esta declaración en el siguiente sentido:

A) Por un lado, debe atenderse a la precisión efectuada por el tribunal de instancia: "[...] En el presente caso la sanción se impone en Resolución de 1 de diciembre de 2011, y por lo tanto el volumen de negocios a considerar es el del ejercicio de 2010. No es correcta la magnitud considerada por la CNC en cuanto se refiere a otro ejercicio".

B) Por otro lado, el cálculo de la sanción debe hacerse en sintonía con la interpretación que de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 hacemos en esta sentencia. Ello implica la improcedencia de acometerlo con arreglo a las pautas sentadas en la Comunicación de 6 de febrero de 2009, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea, actuales 101 y 102 del TFUE."

En el presente supuesto, la Resolución impugnada razona la graduación de la sanción en los siguientes términos:

"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 la mismas.

En el caso de la empresa EUGENE que solo ha aportado los datos a partir de 2003, se ha considerado la cifra de este año para los años anteriores. 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."

Esta forma de graduar la sanción ha sido declarada contraria a Derecho por el Tribunal Supremo en la sentencia antes transcrita parcialmente, por ello debemos anular la sanción impuesta para que por la CNMC se imponga



la que corresponda, aplicando la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 .

Debemos añadir, respecto de la responsabilidad solidaria y la cuantía exigible a la matriz, la doctrina declarada por el TJ en su sentencia de 19 de julio de 2012 , C-628/10 P y C-14/11:

*"75 En particular, cuando una decisión de aplicación de las normas de la Unión en materia de competencia afecta a varios destinatarios y se refiere a la imputabilidad de la infracción, esa decisión debe estar suficientemente motivada en relación con cada uno de sus destinatarios, especialmente con los que, según esa decisión, deben asumir la responsabilidad por esa infracción. Así pues, respecto a una sociedad matriz considerada responsable del comportamiento infractor de su filial, dicha decisión debe contener, en principio, una exposición de los fundamentos que justifiquen la imputabilidad de la infracción a esa sociedad."*

Por ello, la exigencia de responsabilidad a la matriz ha de estar suficientemente motivada.

De lo expuesto resulta la estimación parcial del recurso.

No procede imposición de costas conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

**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 **Eugene Perma España SAU** , y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Manuel Lanchares Perlado, frente a la **Administración del Estado** , dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 2 de marzo de 2011** , debemos declarar y declaramos no ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada en cuanto a la cuantificación de la multa, y en consecuencia **debemos anularla** y la **anulamos, ordenando** a la CNMC que imponga la multa en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados, **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.

**PUBLICACIÓN** / Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.