

RESOLUCIÓN (EXPTE S/0084/08 FABRICANTES DE GEL)

CONSEJO

D. Luís Berenguer Fuster, Presidente
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vicepresidente
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero
D. Miguel Cuerdo Mir, Consejero
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Consejera
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. M. Jesús González, Consejera

En Madrid, a 21 de enero de 2010

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (el Consejo de la CNC, el Consejo) con la composición ya expresada y siendo Ponente D^{ña}. Pilar Sánchez Núñez, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente sancionador S/0084/08 FABRICANTES DE GEL iniciado de oficio por la Dirección de Investigación de la CNC (DI) contra PUIG BEAUTY & FASHION GROUP, S.L., SARA LEE HOUSEHOLD AND BODY CARE ESPAÑA, S.L., HENKEL IBÉRICA, S.A., THE COLOMER GROUP SPAIN, S.L. y COLGATE PALMOLIVE ESPAÑA S.A. con fecha de 16 de junio de 2008, por presuntas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) y en el artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea (en adelante, TCE), de acuerdo con la citada LDC y el Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (en adelante, RDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 28 de febrero de 2008 a las 9:04 h HENKEL IBÉRICA, S.A. se dirige a la CNC denunciando la existencia de un cártel en el que ella ha participado y solicitando que se le aplique el programa de clemencia.
2. El 28 de febrero de 2008 a las 9:14 h SARA LEE se dirige a la CNC denunciando la existencia de un cártel en el que ella ha participado y solicitando que se le aplique el programa de clemencia.
3. El 21 de abril de 2008 HENKEL contesta a un requerimiento de la DI, tras revisar las declaraciones no siempre coincidentes de HENKEL y SARA LEE, y para aclarar tanto organigramas como responsabilidades en la toma de decisión (f 217).
4. El 30 de abril de 2008 SARA LEE aportó nueva información para sustentar su solicitud de clemencia (f 1052).
5. El 6 de mayo de 2008 HENKEL aporta respuestas adicionales a las ya presentadas como respuestas a la solicitud de la DI.

6. El 16 de junio de 2008 el Director de la DI acuerda:
 - Otorgar la exención condicional para HENKEL y denegar la misma a SARA LEE.
 - La incoación del expediente sancionador objeto de la presente Resolución.
 - Las investigaciones domiciliarias correspondientes.
7. El 17 de junio de 2008 se realizan las investigaciones domiciliarias en las sedes de HENKEL, PUIG (2 sedes), SARA LEE, COLOMER y COLGATE.
8. El 2 de julio de 2008 PUIG aporta información sobre los precios aplicados durante 2004, requeridas durante la inspección. En realidad se le pidieron precios desde 2004, pero PUIG sólo aportó los de 2004. La DI reitera petición de datos del 2004 al 2009 en requerimiento de información de 24 de febrero de 2009, no sólo para PUIG, sino para todos (f3642-3671).
9. El 6 de agosto de 2008 HENKEL realiza una segunda y tercera declaración verbal, complementaria a la de 28 de febrero (f2737), para aclarar el contenido de ciertos documentos encontrados en la inspección, aunque la mayoría se refieren a un acuerdo prescrito en el mercado de la fabricación y comercialización de dentífricos.
10. El 8 de febrero de 2009 COLOMER presenta un escrito de alegaciones.
11. El 23 de febrero de 2009 consta una cuarta declaración verbal del Director General de HENKEL por la que, tras tomar vista del expediente, pretende corregir o puntualizar las declaraciones realizadas por SARA LEE.
12. Tras las investigaciones domiciliarias la DI realiza un requerimiento de información sobre precios, cuyas contestaciones se producen como sigue:
 - HENKEL contesta el 9 de marzo de 2009.
 - SARA LEE contesta el 9 de marzo de 2009 (f4033) y aporta las tarifas y los cambios de formato del 2007 y también los de 2009.
 - COLGATE responde el 13 de marzo de 2009 que desde 01/06/08 no comercializa el formato de 750 sino el de 600, y ha mantenido su precio del formato.
 - COLOMER responde el 13 de marzo de 2009 que sólo comercializa el formato de 750 ml y que el precio se ha mantenido estable del 2004 al 2007 y se ha reducido en 2008 (los precios medios, pues entre clientes hay una gran variabilidad).
 - PUIG contesta el 13 de marzo de 2008 (en correos), aporta listado de todas las referencias comercializadas con fechas, tamaños y precios.
13. El 27 de marzo de 2009 HENKEL realiza una quinta y sexta declaración verbal en la que aportan una serie de documentos en apoyo de sus declaraciones respecto a la segunda reunión.
14. El 3 de abril de 2009 la DI requirió a los cinco implicados para que le aportasen información sobre su estructura accionarial (f6148-6178). Las respuestas se encuentran en los folios 6234-6244.

15. El 28 de mayo de 2009 la DI acuerda y notifica el Pliego de Concreción de Hechos (PCH), en el que las conclusiones se centran en dos aspectos: la infracción cometida por los imputados y las solicitudes de aplicación del programa de clemencia.
16. Las alegaciones al PCH fueron recibidas el 16 de junio de 2009, y valoradas por la DI.
17. El 10 de julio de 2009 fue notificada a las partes la Propuesta de Resolución (PR).
18. La Propuesta de Resolución de la DI al Consejo fue recibida en la Secretaría del Consejo el 31 de julio de 2009, y los términos de la misma son:

“A la vista de lo actuado, conforme al artículo 50.4 de la LDC, se PROPONE:

- **Primero.** *Que se declare la existencia de conducta colusoria del artículo 1 de la LDC, por la reducción del formato de venta de los geles de baño y ducha manteniendo el precio de venta, que tiene por objeto y efecto una fijación indirecta de precios.*
 - **Segundo.** *Que esa conducta colusoria se tipifique, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción muy grave del artículo 62.4.a) de la LDC.*
 - **Tercero.** *Que se declare responsable de dicha infracción a HENKEL Ibérica S.A. y a su matriz, HENKEL AG Co KGaA (HENKEL), SARA LEE Household & Body Care España, S.L. y a su matriz, SARA LEE Corporation (SARA LEE), Puig Beauty & Fashion Group S.L. (PUIG) y Colgate Palmolive España, S.A. y a su matriz, Colgate Palmolive Holding S. Comp. P.A. (Colgate), de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 61 de la LDC.*
 - **Cuarto.** *Que se imponga la sanción prevista en el artículo 63.1.c) de la LDC para las infracciones muy graves, con multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de las empresas infractoras en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa, teniendo en cuenta los criterios para la determinación de la sanción previstos en el artículo 64 de la LDC.*
 - **Quinto.** *Que se proceda al archivo de las actuaciones contra THE COLOMER GROUP SPAIN, S.L. (COLOMER), por no haber quedado acreditada la comisión de la infracción analizada en este expediente por dicha empresa.*
19. Las alegaciones de HENKEL a la PR se recibieron el día 30 de julio de 2009 y se centran en (1) cuestionar la dimensión del aumento de precios derivado de la infracción, establecido por la DI en un 15%; (2) que la carga de la prueba de la duración es de la autoridad de competencia; (3) que la CNC debería reconsiderar la aplicación del artículo 81 del TCE al presente caso; (4) sobre las alegaciones que COLGATE hace al PCH alega que las declaraciones de HENKEL han sido confirmadas totalmente por HENKEL y SARA LEE y parcialmente reconocidas por PUIG y COLOMER respecto a la reunión del 1 de diciembre de 2005 y (5) sobre los efectos, señala que es un mercado muy competitivo, de baja rentabilidad y la reducción de formatos se habría llevado a cabo igual sin el acuerdo; que tras el

acuerdo hubo aumento de los costes de fabricación y con fuerte presión de las marcas blancas.

20. En sus alegaciones del día 30 de julio de 2009 a la PR de la DI (f7835) SARA LEE no niega la existencia de un cártel para la reducción de formatos manteniendo el nivel de precios de dichos formatos, pero manifiesta su desacuerdo con ciertas conclusiones de la DI, en concreto respecto a (1) la gravedad de la infracción; (2) a la existencia de efectos; (3) a la falta de control de la filial por parte de la matriz; (4) a las razones argumentadas para la negativa de exención de la sanción; (5) a la reducción de la sanción; y (6) a la participación de COLGATE. Solicita vista oral ante el Consejo de la CNC.
21. PUIG presenta sus alegaciones el día 30 de julio de 2009, siendo recibidas en la CNC el 4 de agosto, y las plantea en torno a tres cuestiones (f8030): (1) una de naturaleza jurídica que se centran en el programa de clemencia y la validez de las declaraciones de los clementes; (2) otra de naturaleza económica, sobre la caracterización del mercado, y (3) una última de carácter meramente metodológico, sobre el rol de la sociedad PUIG, S.L. en los hechos analizados y sobre la tipificación de la infracción y la consiguiente cuantificación de la sanción.

Sobre la definición y caracterización del mercado relevante, PUIG alega que éste es el de "geles de baño y ducha" y sus características son: atomización de la oferta (existe un mínimo de 66 marcas de geles de baño y ducha); un considerable poder de la demanda, concentrada en las denominadas "grandes superficies"; muy escasa capacidad de negociación del precio por parte del oferente (el fabricante es "precio aceptante" en la mayoría de los casos); baja diferenciación del producto debida a la fidelidad relativa de los consumidores: demanda cada vez más determinada sólo por el precio; competencia centrada en 1) precio; 2) desarrollo de formatos y modalidades varias (ingredientes: avena, oliva, leche, etc.); y 3) constantes ofertas y promociones; los denominados "extra-cantidad" ("+20%", "+25%", "+100 ml", etc.); los conocidos como "tripacks" o "retractilados" que además del gel incorporan crema hidratante y/o desodorantes; y los llamados "duplos" (dos geles vendidos juntos a un precio más económico), que determinan en gran manera el precio de cesión; crecimiento constante y muy significativo de las marcas de la distribución o "marcas blancas; considerable volatilidad de las cuotas de mercado; y ausencia de barreras de entrada significativa.

Junto a las anteriores alegaciones, solicita la celebración de vista oral.

22. COLGATE centra sus alegaciones a la PR (f7938) en torno a tres cuestiones. La primera es sobre su participación en el cártel y la no aplicabilidad de la doctrina citada por la DI; la segunda cuestión sobre la que se alega es la existencia de una práctica concertada articulada a través del intercambio de información entre competidores; y la última cuestión sobre la que COLGATE alega es sobre los efectos en el mercado de su comportamiento. Solicita la celebración de vista oral ante el Consejo.
23. COLOMER, en su escrito de 30 de julio de 2009, como respuesta a la PR alega (f7945) que no ha quedado acreditada la comisión por parte de COLOMER de la infracción analizada en este expediente, ya que la participación de COLOMER en

la primera reunión no ha tenido efecto alguno en los precios o tamaño de los geles de baño y ducha que comercializa. Además COLOMER desconocía la existencia del acuerdo analizado en el expediente, y niega conocer los “aspectos básicos del acuerdo”, como sostiene la DI, pues en la única reunión que estuvo, la del 1 de diciembre, no se tomó ningún acuerdo. El anuncio unilateral de unas empresas sobre su estrategia a sus competidores no basta para que exista acuerdo, y eso es lo que hubo en la reunión del 1 de diciembre, y no ha quedado acreditada la participación de COLOMER en la supuesta reunión de 13 de febrero de 2006.

24. El día 8 de septiembre la DI remite al Secretario del Consejo un documento de HENKEL manifestando su voluntad de colaborar con la CNC aportando toda la documentación que sea necesaria y comunicando la baja voluntaria del Jefe de Ventas del área de cosméticos de HENKEL.
25. El día 25 de noviembre de 2009 el Consejo acuerda solicitar información sobre el volumen de negocios del grupo empresarial de cada una de las imputadas, así como el volumen de negocios generado por cada una de ellas en el mercado de los geles de baño y ducha en el período 2006 a 2008. Este acuerdo, que suspende el plazo para la resolución del expediente, es notificado a las partes, dándoles plazo para su cumplimiento.
26. El día 27 de noviembre de 2009 se recibe en la CNC documento de COLGATE solicitando que se le dé acceso al Informe de la DI, a su Propuesta de Resolución y a los escritos de alegaciones presentados por el resto de las partes.
27. El día 30 de noviembre de 2009 tiene entrada en la CNC escrito de PUIG solicitando que se les dé vista del expediente.
28. El día 3 de diciembre se recibe en la CNC escrito de PUIG presentando alegaciones, en las que reitera las que presentadas a la PR.
29. El 9 de diciembre se remite la solicitud de PUIG de ampliación de plazo para responder al requerimiento de información. En la misma fecha se reciben las contestaciones de HENKEL y de SARA LEE a esos requerimientos de información. SARA LEE solicita la confidencialidad de los datos.
30. El día 9 de diciembre se dicta Acuerdo de denegación de ampliación de plazo de PUIG y se notifica.
31. El día 10 de diciembre se recibe la respuesta de COLGATE al requerimiento de información y el 14 de diciembre la de PUIG. Ambos solicitan confidencialidad.
32. El día 23 de diciembre HENKEL solicita confidencialidad de los datos aportados en su respuesta del 9 de diciembre.
33. El 30 de diciembre de 2009, concluido el plazo para presentar alegaciones a la información solicitada por el Consejo en su acuerdo de 26 de noviembre de 2009, se reanuda el plazo para la resolución del expediente.
34. El Consejo deliberó y falló la presente Resolución en sus reuniones plenarias del 9 de diciembre de 2009 y 14 de enero de 2010.
35. Son partes interesadas en el presente expediente:

- HENKEL IBÉRICA S.A. y su matriz, HENKEL AG CO KGAA
- SARA LEE HOUSEHOLD & BODY CARE ESPAÑA, S.L. y su matriz, SARA LEE CORPORATION
- PUIG BEAUTY & FASHION GROUP, S.L.
- COLGATE PALMOLIVE ESPAÑA, S.A. y su matriz, COLGATE PALMOLIVE HOLDING S. COMP. P.A.
- THE COLOMER GROUP SPAIN, S.L.

HECHOS ACREDITADOS

A lo largo de la instrucción del presente expediente, el Consejo de la CNC considera que se han acreditado los hechos que se presentan a continuación.

1. El expediente se origina por la información que dos de las empresas participantes en el cártel ponen en conocimiento de la DI, bajo el programa de Clemencia regulado en la Ley 15/2007.

- El 28 de febrero de 2008 a las 9:04 h entró en vigor el programa de clemencia regulado en la Ley 15/2007. A partir de ese momento tuvieron entrada en la CNC dos solicitudes de aplicación de dicho programa. La primera fue realizada a las 9:04 h por HENKEL IBÉRICA y HENKEL EGAA y la segunda a las 9:14 h por SARA LEE HOUSEHOLD AND BODY CARE ESPAÑA, S.L.
- El 30 de abril de 2008, SARA LEE presentó nuevo escrito ante la CNC en el que solicitaba que en caso de que no se otorgase la exención del pago de la multa regulado en el artículo 65 en relación con la solicitud de clemencia planteada el 28 de febrero, se otorgase la correspondiente reducción del importe de la multa regulada en el artículo 66 de la LDC.

2. Las partes implicadas en los hechos que a continuación se acreditan son, tal y como constan en la Propuesta de Resolución elaborada por la DI, las siguientes:

“LAS PARTES

2.1. HENKEL Ibérica, S.A. (HENKEL)

(79) *HENKEL Nederland B.V. y HENKEL Consumer Goods, Inc. son las únicas accionistas de HENKEL Ibérica, S.A. y ambas sociedades son filiales de HENKEL AG Co KGaA. HENKEL Nederland B.V. ostenta el 80 % de las acciones mientras que HENKEL Consumer Goods, Inc. ostenta el 20% restante del capital social de HENKEL Ibérica, S.A., de acuerdo con la respuesta al requerimiento de información realizado por esta DI sobre la estructura empresarial de la empresa de fecha 8 de abril de 2009 (folio 6234).*

(80) *HENKEL Ibérica S.A. se dedica al desarrollo, producción y comercialización de todo tipo de productos de química aplicada, en especial, todo tipo de detergentes tensoactivos, surfactantes, esteres y sucedáneos, así como a la*

fabricación y comercialización de otros productos industriales. De acuerdo con la información facilitada por la propia empresa, sus actividades se centran en tres principales sectores de negocio: cuidado del hogar, cuidado personal y adhesivos de consumo. Dentro del sector de negocio de cuidado personal se encuentran las divisiones de gran consumo y peluquería.

- (81) *La división de gran consumo de HENKEL ofrece una amplia gama de productos para su utilización en el hogar, y cubre áreas tan diversas como geles de baño, dentífricos, champús, desodorantes, coloración o cremas faciales. Respecto a los geles de baño y ducha, las principales marcas que comercializa son La Toja, Fa y Magno.*

2.2. SARA LEE HOUSEHOLD & BODY CARE ESPAÑA, S.L. (SARA LEE)

- (82) *SARA LEE Household & Body Care España, S.L. (SARA LEE) es la filial española del grupo multinacional de nacionalidad estadounidense SARA LEE Corporation, de acuerdo con la respuesta al requerimiento de información realizado por esta DI sobre la estructura empresarial de la empresa de fecha 8 de abril de 2009 (folios 6237 a 6238).*
- (83) *De acuerdo con la información facilitada por SARA LEE tras dicho requerimiento, desde 2005 hasta el 21 de junio de 2007, los dos únicos accionistas de SARA LEE eran SARA LEE Southern Europe S.L., con un 99,9995% del capital social y SARA LEE Finance Spain S.L., con un 0,0005%.*
- (84) *El 21 de junio de 2007, SARA LEE Iberia S.L.V. compró la participación minoritaria de 6 acciones que SARA LEE Finance Spain S.L. poseía en SARA LEE.*
- (85) *Desde entonces, la estructura accionarial de SARA LEE no se ha visto alterada, de manera que, en la actualidad, está participada por SARA LEE Southern Europe S.L., con un 99,9995% del capital social y por SARA LEE Iberia S.L.U. con un 0,0005, que pertenece a SARA LEE Southern Europe S.L. en un 100%¹.*
- (86) *Por tanto, SARA LEE es propiedad en un 100% de la empresa española SARA LEE Southern Europe, S.L. que, a su vez, está participada en más del 99% por SARA LEE N.V. (empresa holandesa), que es propiedad al 100% de la empresa holandesa SARA LEE Internacional B.V. Por último, SARA LEE Internacional B.V es controlada al 100% por la empresa estadounidense SARA LEE Corporation.*
- (87) *El ámbito territorial en el que opera SARA LEE es España y su ámbito de actividad comprende la fabricación y distribución de productos de higiene personal y del hogar.*

¹ De acuerdo con la información disponible en la base de datos SABI.

- (88) *En particular, SARA LEE se encuentra presente en España en la comercialización de distintas marcas, entre las que se encuentra “Sanex” en el mercado de geles de baño y ducha.*

2.3. PUIG BEAUTY & FASHION GROUP S.L. (PUIG)

- (89) *Los actuales socios de de PUIG Beauty & Fashion Group S.L. (PUIG) son la sociedad EXEA EMPRESARIAL, S.L. (titular de las participaciones representativas del 51% del capital social), la sociedad PUIG-GEST, S.A. (titular de las participaciones representativas del 5,8% del capital social; por otra parte, el 90% de PUIG-GEST, S.A. es propiedad de EXEA EMPRESARIAL, S.L.²) y la sociedad CENTRABU, BV. (titular de las participaciones representativas del 43,2% del capital social).*
- (90) *La presente estructura accionarial no ha cambiado en los últimos cinco años (2005-2009), así como tampoco ha cambiado el porcentaje de participación de estas empresas en el capital de PUIG, de acuerdo con la respuesta al requerimiento de información sobre la estructura empresarial de PUIG de 16 de abril de 2009 (folio 6629).*
- (91) *Por otra parte, PUIG posee participaciones, entre otras, en Myrurgia (un 99,38%) y Antonio PUIG S.A. (en un 100%). A su vez, Perfumería Gal S.A. pertenece en un 98,12% a Antonio PUIG S.A. Cabe señalar que en la fecha en la que se produjo el lanzamiento de los formatos de geles de baño y ducha de 650 ml, las compañías fabricantes y comercializadoras de dichos productos eran, en relación con la marca “Kinesia”, Antonio PUIG, S.A.; respecto de la marca “Heno de Pravia”, Perfumería Gal, S.A. y de la marca “Lactovit”, Myrurgia, S.A.*
- (92) *PUIG es una empresa multinacional de perfumería, cosmética y moda que cuenta con presencia en más de 150 países. En la actualidad el negocio de PUIG se estructura en tres divisiones:*
- a) Prestige: opera en el mercado de las fragancias y cosmética de distribución selectiva.*
 - b) Fashion: opera en el mercado de la moda.*
 - c) Beauty: opera en el mercado de distribución masiva, contando con una presencia de liderazgo en el mercado español y, en los últimos años, con una creciente presencia en los mercados de Latinoamérica. Entre los productos que comercializa, bien directamente o a través de sus filiales, se encuentran las marcas “Lactovit”, “Heno de Pravia” y “Kinesia”, en el mercado de geles de baño y ducha.*

2.4. COLGATE PALMOLIVE ESPAÑA, S.A. (COLGATE)

- (93) *Durante los 5 últimos años (en concreto, desde abril de 2005 hasta 2009) la sociedad COLGATE PALMOLIVE HOLDING S. COMP. P.A. ha sido el accionista único de la empresa CP España. Durante el mencionado periodo*

² De acuerdo con la información disponible en la base de datos SABI.

no se han producido cambios en el accionariado de COLGATE Palmolive España, S.A. (COLGATE). Por su parte, COLGATE PALMOLIVE HOLDING S. COMP. P.A. (el accionista único de COLGATE) está participada por NORWOOD INTERNATIONAL INCORPORATED (con una participación del 76,7%) y por COLGATE-PALMOLIVE NEDERLAND B.V. (con un 23,3% de participación) desde el 1 de enero de 2004, sin que se hayan producido cambios desde entonces en la estructura accionarial, de acuerdo con la respuesta al requerimiento de información sobre la estructura empresarial de COLGATE de 8 de abril de 2009 (folios 6243 y 6244).

- (94) *COLGATE Palmolive España, S.A. es una compañía global cuyas actividades principales consisten en la fabricación, importación, exportación, distribución y venta de todo tipo de productos y aparatos cosméticos para la higiene corporal, de perfumería, y de tocador para la limpieza tanto del hogar como de la industria.*
- (95) *COLGATE se dedica a la comercialización en España de productos de cuidado bucal, personal y del hogar:*
 - a) *Cuidado bucal: comercializa productos de la marca COLGATE relacionados con el cuidado y la higiene bucal, tales como cepillos de dientes, pastas dentífricas y enjuagues bucales.*
 - b) *Cuidado del hogar: productos para la limpieza del hogar, que incluye una completa línea de limpiadores domésticos.*
 - c) *Cuidado personal: incluye la comercialización de desodorantes, geles de baño, jabones de manos en pastilla y jabones líquidos de las marcas “NB Palmolive.*

2.5. COLOMER GROUP SPAIN, S.L. (COLOMER)

- (96) *COLOMER Group Spain, S.L. (COLOMER) es la sociedad filial en España de THE COLOMER GROUP, multinacional de origen español que cuenta con 18 filiales en distintos países. Desde hace al menos cinco años, la sociedad mercantil The COLOMER Group Participations, S.L. es titular de la totalidad de las participaciones que componen el capital social de COLOMER, sin que se haya producido alteración alguna en este periodo de tiempo.*
- (97) *Por su parte, COLOMER 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.*
- (98) *COLOMER 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, de acuerdo con la respuesta al requerimiento de información sobre la estructura empresarial de COLOMER de 8 de abril de 2009 (folio 6240).*

(99) *COLOMER divide su actividad en varias áreas de negocio:*

- a) *Cosmética: comercialización de perfumes, tratamientos para la piel, maquillajes, eau de toilette, productos de manicura, etc.*
- b) *Gran consumo: comercialización de productos para el cuidado de la piel y el cabello, a través de distintas marcas entre las que se encuentra “Natural Honey”.*

3. Respecto a la conducta prohibida por la LDC, consta acreditado en el expediente lo siguiente:

3.1. Objeto de la conducta denunciada

- HENKEL declara en su solicitud de aplicación del programa de clemencia que (f16): *(TEXTO ORIGINAL CONFIDENCIAL) (resumen: el objeto de la conducta denunciada era el aumento de los precios del producto y que ello se haría reduciendo el tamaño estándar y manteniendo el mismo precio)*. Agrega que el ámbito geográfico de aplicación es sólo España.
- SARA LEE declara en su solicitud de aplicación del programa de clemencia que: *(TEXTO ORIGINAL CONFIDENCIAL) (resumen: las empresas acudieron a una reunión cuyo objeto era discutir la toma de una decisión común para reducir el tamaño de los formatos de geles comercializados pero manteniendo en precio)*

3.2. Sobre la formación del cártel denunciado

Los dos solicitantes de clemencia, HENKEL y SARA LEE, señalan en sus escritos de solicitudes de clemencia que los participantes en el cártel son PUIG, SARA LEE, COLOMER, COLGATE y HENKEL (f10-12 y f150 respectivamente).

Constan acreditadas en el expediente la existencia de reuniones, contactos telefónicos y correos electrónicos entre competidores relacionados con un acuerdo para reducir el tamaño del envase en el que se comercializa el producto en cuestión (reducción de 750 ml a 650 ml), gel de baño y ducha, manteniendo el precio por unidad de envase invariable. El primer solicitante de clemencia, HENKEL, declara la existencia de tres reuniones, con distinto grado de participación de los implicados. El segundo solicitante de clemencia, SARA LEE, declara la existencia de dos reuniones. PUIG y COLOMER reconocer su asistencia a la primera de ellas y COLGATE niega haber asistido a alguna de ellas.

3.2.1. Primera Reunión

- Sobre **la fecha** de celebración. Tuvo lugar el 1 de diciembre de 2005 (f16), tal y como consta en la declaración de HENKEL del 28 de febrero de 2008 y como reconocen todos los implicados excepto COLGATE. SARA LEE en su solicitud de clemencia la sitúa en enero de 2006 pero advierte que al haber transcurrido tanto tiempo no puede recordar la fecha exacta (f158) y en una declaración complementaria posterior no fija la fecha pero dice *(TEXTO ORIGINAL CONFIDENCIAL) (resumen: haberse celebrado en los últimos días de noviembre, en contra de lo declarado anteriormente)* (f1052). COLOMER confirma que su Director General asistió el 1 de diciembre a una reunión a la que fue convocado por

el Director General de HENKEL (f3599). PUIG, en sus alegaciones finales (f8056) admite que esta reunión sí se celebró y que tuvo lugar el 1 de diciembre en la sede de SARA LEE.

- Sobre **el lugar** de celebración. Hay consenso en que dicha reunión se celebró en la sede de Bimbo de SARA LEE. SARA LEE lo justifica porque dicha sede está cerca de las sedes de PUIG y de HENKEL, en la calle Nápoles 249 de Barcelona (f179).
- Sobre **la asistencia**. HENKEL declara que asistieron (f115): HENKEL, SARA LEE, COLOMER y PUIG (cita literalmente el nombre de cada uno de los asistentes). Declara que si bien COLGATE no estuvo presente en la reunión sí que fue informado personalmente por el mismo HENKEL del contenido y resultado de la misma. SARA LEE declara la asistencia de los mismos cinco implicados, aunque declara no recordar el nombre de los representantes de COLGATE y COLOMER, pero sí la intervención del representante de COLGATE en la que indicó que una vez viera el cambio de formato de los otros competidores, también reduciría sus formatos, y que pidió pruebas a Myrurgia (PUIG) de que iba a reducir el formato, a lo que ésta contestó que las tendría al comunicárselo a los distribuidores con antelación (f180).
- Sobre el **contenido** de la reunión. Hay consenso en que en dicha reunión se trató la reducción de los envases de 750 a 650 ml sin variar el precio. HENKEL declara (f116) que *PUIG fue quien comunicó al resto de los asistentes que había decidido reducir el tamaño estandar de sus envases de gel pero manteniendo el precio, que era una decisión ya tomada que invitaba a los demás a seguir esa política y se mostro dispuesta a enseñar los nuevos formatos en una reunión posterior*. En la primera declaración de SARA LEE ésta declara que (f153): *(TEXTO ORIGINAL CONFIDENCIAL) (resumen: las cinco empresas implicadas habrían participado en enero del 2006 en una reunión para discutir entre todos si llevaban a cabo la reducción del tamaño de los envases manteniendo el precio)*

Según la primera declaración de SARA LEE (f155): *(TEXTO ORIGINAL CONFIDENCIAL) (resumen: la primera empresa que intervino en la reunión fue PUIG quien destacó que era muy difícil aumentar el precio de los geles de baño y que dado que el tamaño de los envases era en España mayor que en el resto de países y que el tamaño medio familiar estaba reduciéndose. lo que ellos iban a hacer era reducir el tamaño de los envases. SARA LEE comunico al resto que estaban estudiando la misma estrategia y que pensaban seguir a PUIG. Henkel también se manifestó a favor de esa estrategia, mientras que COLOMER no se mostró interesada y COLGATE condicionó su acuerdo a ver los nuevos envases de PUIG, quien le contestó que los envases estarían listos en la próxima reunión)*

En el acta de inspección de 17 de junio de 2008, el Director General de SARA LEE declara de nuevo que (f1566):

“k. Se le pregunta por qué ha permanecido estancado en 750 ml tantos años si el mercado ya reclamaba una reducción, y por qué no tomó la decisión SARA LEE de hacerlo. Al ser preguntado manifiesta que quizás necesitaban mayor seguridad y que una decisión como esta tiene siempre un coste en caso de equivocarse. Además matiza que estos cambios de tendencia están teniendo lugar en los últimos

años. Detalla que en la primera reunión (noviembre/diciembre de 2005) con los competidores, en la que PUIG informa que efectivamente va a reducir el tamaño, precipita su decisión (ya que así tiene cierta seguridad de que el tiempo de competencia entre ellos se reduce). En la misma reunión se acuerda también reducir el tamaño de los formatos más grandes de 1500 a 1200 ml. Manifiesta también que en dicha reunión COLGATE no confiaba en el anuncio de PUIG y pidió una maqueta o croquis de los nuevos envases. Se acuerda una segunda reunión. COLGATE posteriormente informa que no acudirá a la misma (decisión que toma a raíz del incidente de Francia) lo que lleva al Sr. [XXX] a llamar a HENKEL para averiguar qué sucedía. Acuden a una segunda reunión (marzo 2006) en un bar, PUIG, HENKEL y SARA LEE, para que se compruebe si efectivamente PUIG va en serio. En la misma se les enseña una maqueta. A partir de ese momento confirma que no ha habido más reuniones”.

(f1052) SARA LEE realiza una segunda declaración el día 30 de abril de 2008, tras haberse sometido la empresa a un proceso de revisión de su actividad desde la óptica de su cumplimiento de las normas de competencia que complementa a la primera, en la que declara:

(TEXTO ORIGINAL CONFIDENCIAL) (resumen: que las fechas propuestas para los cambios en el mercado fueron Junio de 2006 para MYRURGIA; Septiembre de 2006 para Sara Lee; Octubre de 2006 para Colgate y Noviembre-Diciembre de 2006 para HENKEL. También se discutió sobre una subida precios para el año 2006 y MYRURGIA y COLGATE citaron expresamente el precio al que venderían LACTOVIT y KINESIA y NB) y Sara Lee comunicó que no los subiría. Se hablo de intentar otros acuerdos en reuniones posteriores, y en concreto se acordó una celebrar una segunda reunión en febrero de 2006 en la sede de Bimbo de Sara Lee con el propósito de analizar la situación).

- Sobre **la convocatoria** de la reunión. Consta en el expediente (f17), según la primera declaración de HENKEL que: *(TEXTO ORIGINAL CONFIDENCIAL) (resumen: HENKEI y SARA LEE fueron las primeras convocadas por PUIG, y que luego HENKEL convocó a COLGATE y COLOMER)*

Según declaración primera de SARA LEE (f155 y f1799): *(TEXTO ORIGINAL CONFIDENCIAL) (resumen: PUIG tuvo la iniciativa de reducir el tamaño de los envases y le planteó a SARA LEE la oportunidad de logara una cuerdo con los principales lideres para hacerlo conjuntamente. Posteriormente SARA LEE se puso en contacto telefónico con HENKEL, y éste con COLGATE. Declara no saber quien convocó a COLOMER).*

Consta en el expediente nota obtenida por la DI durante la inspección domiciliaria en la sede de HENKEL de una página de la agenda de la secretaria del DG de HENKEL en la que como él mismo declara (f2741):

(TEXTO ORIGINAL CONFIDENCIAL) (resumen: La copia obtenida por la DI corresponde a una página del cuaderno de su secretaria del día 4 de noviembre de 2005. en dicha pagina aparecen los contactos con varios competidores presumiblemente relacionado con las reuniones mantenidas entre finales del 2005 y principios del 2006 para tratar el acuerdo de reducción de envases. En dicho

documento constan las referencias a los Directores Generales y sus secretarías, así como a diversas fechas que probablemente eran las propuestas para fijar la primera reunión).

PUIG admite esta primera reunión y admite que algún asistente, sin especificar quien, le solicitó pruebas de que iban a reducir sus formatos, lo cual coincide con lo declarado por SARA LEE, quien además señala que quien solicitó dicha información fue COLGATE (f7353).

3.2.2. Segunda reunión

- Sobre **la fecha y lugar** de realización. Constan las declaraciones de HENKEL y SARA LEE. HENKEL declara (f18) que:

(TEXTO ORIGINAL CONFIDENCIAL) (resumen: la segunda reunion se celebró en marzo de 2006 en la misma sede que la anterior y a la que asistieron los directores generales de las cinco implicadas, PUIG, SARA LEE, COLOMER, COLGATE) y HENKEL).

No obstante, HENKEL rectifica mas tarde esta fecha en su declaración de 27 de marzo de 2009 (quinta y sexta declaración), confirmando que se produjo el 13 de febrero de 2006, (f5092 y ss.)

(TEXTO ORIGINAL CONFIDENCIAL) (resumen: la reunión del 13 de febrero se convocó la semana anterior; se convocó a los cinco representantes de las cinco implicadas; nadie anunció su no asistencia; el lugar de celebración fue el mismo de la anterior; la reunión se celebro tal y como fue convocada, con la asistencia de todos; COLOMER comunicó que no reduciría el tamaño de sus envases y Colgate no hizo ningún comentario. Tras terminar esa reunión, los representantes de HENKEL, SARA LEE y PUIG, que se conocían por haber trabajado juntos con anterioridad tomaron el aperitivo en un bar próximo. Constan llamadas telefónicas posteriores a ese día de HENKEL a COLGATE, sin obtener de COLGATE una decisión final)

- Por su parte, SARA LEE, en su declaración primera (f153) declara: *(TEXTO ORIGINAL CONFIDENCIAL) (resumen: que las cinco asistentes a la primera reunión acordaron tener una segunda reunión pero que ésta finalmente no se realizó, aunque representantes de PUIG, SARA LEE y HENKEL si se volvieron a reunir una segunda vez entre febrero y marzo de 2006 para confirmar la reduccion de los envases”*
- Sobre los **asistentes**: HENKEL declara que a esta reunión fueron convocados los cinco implicados en este expediente, y que nadie confirmó su no asistencia. Aporta correo electrónico enviado a SARA LEE con el listado de nombres, direcciones y teléfonos de los cuatro convocados a la reunión (f5106) y justifica la ausencia en dicho listado de SARA LEE porque era precisamente en su sede donde se iba a celebrar la reunión, mientras que el correo tenía por objeto poner en conocimiento de la secretaria del Director General de SARA LEE los asistentes a la misma.

Respecto a la fecha del 13 de febrero de 2006, consta en el cuaderno de la secretaria del Director General de HENKEL, en copia obtenida por la DI en investigación domiciliaria.

- Sobre la **convocatoria**, HENKEL ha aportado un cuadro resumen donde cronológicamente se reflejan las llamadas realizadas por el Director General al resto de sus competidores. Dichas llamadas se produjeron en los días previos a la reunión del 13 de febrero, así como una llamada ese mismo día por la tarde al representante de COLGATE, y otras dos en días posteriores (f5010).

SARA LEE en su segunda declaración (f1054) explica que la segunda reunión que se acordó mantener durante la primera reunión no llegó a celebrarse debido a que COLGATE se había negado a asistir con motivo de las recientes actuaciones contra COLGATE de las autoridades de competencia en Francia. (*TEXTO ORIGINAL CONFIDENCIAL*) En su lugar, HENKEL, PUIG y SARA LEE se habían reunido en un bar próximo a las oficinas de SARA LEE.

Consta en el expediente (f4179) correo electrónico de la matriz de COLGATE, el 16 de febrero de 2006, dando órdenes estrictas de mantener los contactos con los competidores al mínimo absoluto y no tratar temas de precios, descuentos y otras estrategias comerciales con competidores.

3.2.3. Tercera reunión

Según la declaración primera de HENKEL (f18), consta que:

(TEXTO ORIGINAL CONFIDENCIAL) (resumen: Hubo una tercera reunión entre los directores de ventas de SARA LEE, PUIG y HENKEL IBERICA , tras sus asistencia a una reunión en Madrid en la sede de STANPA para discutir los detalles de la implementación de la cuerdo adoptado de reducir los envases).

3.3. **Sobre la implementación del acuerdo**

3.3.1. **Del cambio de formato**

(f181 y f1566), SARA LEE declara que: (*TEXTO ORIGINAL CONFIDENCIAL*) (resumen:

- (i) *En julio de 2006 MYRURGIA redujo algunos formatos y mantuvo otros:*
- (ii) *en septiembre-octubre de 2006 los redujo SARA LEE, aunque realizo ciertos rellenos*
- (iii) *en enero de 2007 HENKEL redujo el tamaño de sus envases.*
- (iv) *a partir de abril de 2008 COLGATE va a reducir el tamaño de sus productos, según información del mercado*

(f19) HENKEL declara:

(TEXTO ORIGINAL CONFIDENCIAL) (resumen: que en las fechas acordadas tanto PUIG como SARA LEE y HENKEL implementaron el acuerdo, HENKEL lo hizo en los meses de enero (La Toja), febrero (FA) y junio (Magno) de 2007).

Y aporta como documentos de prueba el siguiente correo electrónico (f20):

“Anexo 15 Correo electrónico de D^a [XXX] al Sr. [XXX] de fecha 25 de abril de 2007: el 25 de abril de 2007 el Sr. [XXX] recibió un correo electrónico de D^a [XXX] de la empresa Winche. Esta empresa se dedica a servicios de merchandising. El correo electrónico contiene un resumen de la situación actual del mercado de productos cosméticos. En este correo electrónico se menciona la reducción del formato y su aceptación por los consumidores: “Respecto a los geles, el envase de 650 no gusta demasiado entre los consumidores (porque habéis mantenido los precios igual). La gente se queja, aunque las ventas sigan manteniéndose estables. Lo que sí me han comentado en varias tiendas es que Lactovit ha disminuido notablemente sus ventas, pese a ser líder en esta categoría. El cambio a 650 ml les ha hecho daño y se aprecia un aumento de la actividad promocional (formato con más cantidad o 50% de descuento en la compra de la 2^a unidad)...”. Lactovit es una marca del grupo PUIG.”

(f3967) documento de HENKEL con las fechas de cada reducción, en respuesta a solicitud de información requerida por la DI (24/02/2009).

Cuadro 1

“	2006	Nuevo Formato	Fecha	Nuevo Formato	Fecha
SARA LEE	ml	ml	Sep 06		
Sanex	750/900/100/1500	500/650/750/900/1200		500/600/700/850/1200	Sep 08
COLOMER					
Natural Honey	750/900/1000	No cambia			
PUIG					
Kinesia	750/900/1200/1500	650/780/1000/1200	Jul 06		
Lactovit	500/750/900/1500	400/650/750/1200	Jul-Sep 06		
Heno Pravia	750/900/1000	650/750/1200	Sep 06		
S3	750/900/1000	650/750/1000	Abril 07		
COLGATE					
NB Palmolive	500/750/900	No cambia pero lanza 2 sku's de 400 ml	Marzo 07	400/500/600/700/?	Jun 08
HENKEL					
La Toja	750/900/1000	650/750/900	En 07	600/700/850	May-Jun 09
Magno	750/900/1000	650/750/900	Abril-Jul 07	600/700/850	May-Jun 09

<i>Fa</i>	<i>750/900/1000</i>	<i>650/750/900</i>	<i>Feb 07</i>	<i>650</i>	<i>Jun 09"</i>
-----------	---------------------	--------------------	---------------	------------	----------------

En un documento de HENKEL (f3968) se detalla la información siguiente:

Cuadro 2

“CHANGING COMPANIES

<i>STD: 750 ml → 650 ml</i>		
<i>PUIG</i>	<i>SARA LEE</i>	<i>HENKEL</i>
✓ <i>Kinesia (july 06)</i>	✓ <i>Sanex (Sep 06)</i>	✓ <i>La Toja (Jan 07)</i>
✓ <i>Lactovit (Sep 06)</i>	✓ <i>S3 (Abril 07)</i>	✓ <i>Fa (Feb 07)</i>
▪ <i>also 500 ml → 400 ml</i>		✓ <i>Magno (jul 07)"</i>
✓ <i>Heno Pravia (Sep 06)</i>		

(f2120) Information Resources España S.L., empresa que opera en el sector de los estudios de mercados, certifica que los cambios de formato de 750ml a 650 ml de las empresas imputadas en el expediente se realizaron en las fechas siguientes:

Cuadro 3

<i>“</i>	<i>De 750 ml a 650 ml</i>
<i>SARA LEE</i>	
<i>S3</i>	<i>Marzo 07</i>
<i>SANEX</i>	<i>Septiembre 06</i>
<i>MOUSSEL</i>	<i>Marzo 07</i>
<i>PETIT CHERI</i>	<i>Febrero 07</i>
<i>GRUPO PUIG</i>	
<i>KINESIA</i>	<i>Julio 06</i>
<i>LACTOVIT</i>	<i>Julio 06</i>
<i>HENO DE PRAVIA</i>	<i>Octubre 06</i>
<i>HENKEL</i>	
<i>FA</i>	<i>Febrero 07</i>
<i>LA TOJA</i>	<i>Enero 07</i>
<i>MAGNO</i>	<i>Abril 07"</i>

(f6630), en respuesta al requerimiento de información realizado por la DI a PUIG, ésta declara haber reducido el tamaño del formato estándar en el que envasa el gel que fabrica en las fechas siguientes:

- Lactovit (650ml) el 1 de julio de 2006
- Kinesia (650ml) el 1 de junio de 2006
- Heno de Pravia (650ml) el 1 de agosto

En otros documentos del expediente (f6212) también se acredita la reducción de formato de PUIG. Respecto a COLGATE, tal y como recoge la PR en el párrafo 156 del PCH: *“Por lo que se refiere a COLGATE, en la contestación al requerimiento de información realizado por la DI y contestado por la empresa el 13 de marzo de 2008[9], se indica que esta empresa realizó la reducción del formato del producto “Palmolive Naturals” de 750 ml al nuevo formato de 600 ml. el 1 de junio de 2008, manteniendo el precio del producto de 750 ml. También (folio 4641):*

“(…) Los formatos de envase para geles que ha utilizado CP España han sido los siguientes:

- a. 750 ml: se ha utilizado para Palmolive Naturals hasta el 1 de junio de 2008.*
- b. 600 ml: se ha utilizado para Palmolive Naturals desde el 1 de junio de 2008”.*

3.3.2. Del mantenimiento del precio por unidad de envase, no de producto

Existen numerosos documentos en el expediente donde se explicita la intención de los imputados de mantener el precio del envase una vez reducido su tamaño, como prueban los siguientes hechos:

(f3723) MAGNO, LA TOJA Y FA, mantienen los precios entre enero 06 y enero 07 iguales, una vez reducido el formato, según declara HENKEL: *“En el año 2007, y en base a una decisión tomada en el año 2006, el formato para sus tres marcas se redujo a 650 ml mientras que el precio de cesión a la distribución y de venta al público recomendado no se modificaron como consecuencia de dicha reducción”.*

SARA LEE declara (f158) que el: *(TEXTO ORIGINAL CONFIDENCIAL) (resumen: el objetivo de la reunión era lograr la reducción de los envases de todos ellos).*

En la información obtenida en inspección domiciliaria de PUIG (f2410) consta el siguiente documento de junio de 2005, donde se explicita el mantenimiento del precio del formato reduciendo su capacidad,

“4.2. Proyecto Downsizing en Gel Nutritivo

- ✓ *Pasar a tamaño 650 ml. Manteniendo precio (€/ud; no €/ml). Formato promocional de 780 ml. (+20%)*
- ✓ *Minimizando la percepción del consumidor (máxima apariencia de botella)*
- ✓ *Justificándolo ante el cliente y el consumidor con un valor añadido (ingrediente)*
- ✓ *Asegurando el seguimiento de las marcas líderes*

✓ Ahorro estimado 12 meses → CONFIDENCIAL€”.

y en (f4371) constan más pruebas de reducción de tamaño manteniendo el precio como muestra el contenido de la siguiente presentación:

“Downsizing

✓ Botella 750 ml vs 650 ml con el mismo precio *

○ Ahorro coste 750 ml vs 650 ml/1000 unid: CONFIDENCIAL euros



CONFIDENCIAL ahorro

Venta unidades: CONFIDENCIAL unidades

-10% unidades: CONFIDENCIAL unidades

Ahorro anual de CONFIDENCIAL euros → CONFIDENCIAL % s/NR

(incremento mkt contribution)

(*) Riesgo caída en ventas CONFIDENCIAL por sicing.

Declaración de COLGATE (f7124)

“(a) Es muy importante resaltar que cuando las empresas que acaban de mencionarse ejecutaron su acuerdo y rebajaron el tamaño a 650 ml manteniendo el precio de los anteriores formatos de mayor capacidad, lo que realmente estaban haciendo era ocultar una subida del precio de cesión (SPI), mientras que CP España hizo lo contrario”...

A la vista de esta información la DI realizó requerimiento de información solicitándoles precios que los imputados habían aplicado durante los últimos años y el formato al que lo aplicaban. El resultado de dicha información se resume en los cuadros que siguen:

Cuadro 4

EMPRESA	MARCA	FORMATO	AÑO	PRECIO	FOLIO
HENKEL (*) PRECIO BASE/PVP Recomendados mínimo oferta. Las tarifas de 2009 están en vigor desde 15 nov 2008	FA	750	2004	[Confidencial]	3698/
		750	2005		3732
		750	2006		
		650	2007		
		650	2008		
	MAGNO	650	2009		
		750	2004		3698/
		750	2005		3732
		750	2006		
		650	2007		[Confidencial]
LA TOJA	650	2008			
	650	2009			
	750	2004	3698		
	750	2005			
	750	2006			
PUIG	LACTOVIT	650	2007	[Confidencial]	
		650	2008		
		750	2004	5060/	

(Precio Base)		750	2005		5061
		650	2006		
		650	2007	[Confidencial]	
		650	2008		
	KINESIA	750	2004		5066/
	750	2005		5067	
	650	2006			
	650	2007	[Confidencial]		
	650	2008			
	HENO DE PRAVIA	750	2004		5074
		750	2005		
		650	2006		
		650	2007	[Confidencial]	
		650	2008		
SARALEE (Precios Tarifa o Base)	MOUSSEL	750	2006		4035
		650	2007		
			2008		
			2009	[Confidencial]	
	SANEX	750	2006		
		650	2007		
		650	2008		
		650	2009	[Confidencial]	
	S3	750	2006		
		650	2007		
		650	2008		
		650	2009	[Confidencial]	

Fuente: elaboración propia sobre las respuestas de las empresas al requerimiento de información de la DI.

En sus respuestas a los requerimientos sobre información de precios, se incluyen las siguientes definiciones y conceptos sobre precios:

- PUIG declara (f5054): “Es preciso indicar que los datos aquí facilitados son las tarifas oficiales de precios que se comunican para todos los distribuidores. Como es práctica habitual, sobre estas tarifas se aplican las condiciones comerciales negociadas con cada uno de los diferentes clientes y centrales de compras (por ejemplo, descuentos por pronto pago, por volumen, etc.), para obtener los precios netos a los que cada uno de éstos compran. Dichas condiciones comerciales particulares se negocian normalmente cada año con cada uno de los clientes y pueden variar de año en año en un mismo cliente”,
- SARA LEE declara (f4034): *“El precio tarifa, que es el que SARA LEE publica y entrega a los clientes cada año como precio al que está dispuesta a vender sus productos a cualquiera que se lo pida (y que se corresponde grosso modo con el precio que aparece en los documentos 1 a 4 aunque puede haber diferencias debido al carácter “reconstruido” de los precios de tarifa que aparecen en el Documento nº 5 a lo que se ha hecho referencia más arriba; el precio negociado que, sobre la base del precio tarifa, incluye los descuentos comerciales habituales, esto es, es el precio que se cobra a aquellos clientes con los que la forma de negociación consiste en acordar descuentos respecto del precio de tarifa; y, el precio de cesión que es el precio neto, es decir, incluye no sólo los descuentos sino*

también cualesquiera promociones acordadas con el cliente. Por ejemplo, descuentos o pagos adicionales que el fabricante hace al distribuidor por incluir su producto en catálogos o realizar acciones comerciales en sus establecimientos. Como puede deducirse fácilmente, el precio de tarifa no es un verdadero precio: ningún cliente paga el precio de tarifa. Se fija unilateralmente por el fabricante y se entrega a los clientes.

- HENKEL declara (f3698): *“Así de acuerdo con las tarifas generales los precios de tarifa a la distribución o precios base (antes descuentos) y los precios recomendados de venta al público han sido los siguientes en euros:”*

4. Sobre los efectos de la conducta

4.1. Intenciones previas al acuerdo de reducción del formato estándar

Tal y como a continuación se reproduce, la PR de la DI considera acreditado el interés de varias empresas por reducir los formatos previamente a la formación del cártel.

“4.1. 2004/2005: Estudios sobre una posible reducción del formato

- (110) *Desde el año 2004 varias de las empresas incoadas en el presente expediente habían estudiado una posible reducción del formato de los geles de baño y ducha. Así, tal y como se puede comprobar de las declaraciones del Director General de la empresa SARA LEE y que constan en el acta levantada durante la inspección del 17 de junio de 2008 en los locales de la citada empresa, queda acreditado que ésta había estado evaluando, desde el año 2004, la conveniencia de reducir sus formatos estándar de 750 ml. En el punto (13).b del acta puede leerse: “Se le pregunta por la razón del cambio de estrategia anterior, de 750 a 650ml. Al ser preguntado manifiesta que SARA LEE ya venía estudiando la estrategia de cambio de formato desde 2004, principalmente debido a que los formatos españoles han sido tradicionalmente más grandes y más baratos que los del resto de países europeos debido al mayor número de miembros que componen la media del hogar español, del aumento de costes y de la individualización del consumidor” (folio 1565).*
- (111) *El dato anterior también viene corroborado en el documento “SANEX 650 ml. CONSUMER REACTION TEST” del 11 de marzo de 2004, encontrado durante la inspección de la empresa SARA LEE (folios 6274 al 6284), que contiene un análisis de la posibilidad de reducir el formato de gel “SANEX” a 650 ml. En este documento se plantea la reducción de los formatos, junto con una reducción de precio respecto del nuevo formato, de menor capacidad.*
- (112) *La reducción del formato de geles de baño y ducha fue estudiada asimismo por PUIG en el año 2004, tal y como se desprende del análisis de la presentación de PowerPoint recabada en la inspección de dicha empresa, titulada “PRESENTAC. PUIG 13-07-04.ppt”. Efectivamente, en dicha presentación se pone de manifiesto el interés de PUIG en reducir el formato de 750 ml a un nuevo formato de menor tamaño, pudiendo leerse:*

“PROPUESTA Lanzamiento tamaños 600/650 ml. como Standard vs. 750 ml. actual, aprovechando la desaparición de la Ley de Gamas en España” (folio 6218)³. Asimismo, dicho documento, al analizar distintos aspectos de la propuesta de reducción, consideraba necesario como condición de ésta, que el líder de la categoría realizase el cambio en primer lugar. Así, en la presentación se cita textualmente: “Condición -> Líder categoría debe implementar primero” (folio 6219)⁴.

- (113) *Finalmente, del análisis de la propuesta de reducción incluida en el mencionado documento, queda acreditado que la empresa PUIG estimaba también necesario un acuerdo en este punto entre los principales protagonistas de la categoría, recomendando no implementar la reducción de no existir dicho acuerdo. Así, puede leerse en la presentación: “PROPUESTA: Recomendamos seguir con formatos actuales si no logramos acuerdo con los principales protagonistas de la categoría”⁵ (f6221).*
- (114) *Esta conveniencia señalada por PUIG respecto a la necesidad de que las empresas propietarias de las marcas líderes realizaran la reducción queda también acreditada por el documento “DIVISIÓN HIGIENE ESTRATEGIA 2006”, fechado en junio de 2005, encontrado en la inspección de la empresa PUIG, que trata sobre la estrategia comercial de esta empresa para el siguiente año.*
- (115) *En los epígrafes del apartado correspondiente al proyecto Downsizing (“Proyecto Downsizing en Gel Nutritivo”), donde se detallan los puntos principales para llevar a cabo el citado proyecto, se especifica la necesidad de asegurar el seguimiento de las marcas líderes. El documento especifica, en concreto (f2410)⁶:*

“Pasar a tamaño 650 ml. manteniendo precio (€/ud; no €/ml). Formato promocional de 780 ml. (+20%)

Minimizando la percepción del consumidor (máxima apariencia botella)

Justificándolo ante el cliente y el consumidor con un valor añadido (ingrediente)

Asegurando el seguimiento de las marcas líderes

Ahorro estimado 12 meses => “.

³ Documento electrónico recabado en la inspección de la empresa PUIG con título PRESENTAC. PUIG 13-07-04.ppt, de 31 de agosto de 2004.

⁴ Documento electrónico recabado en la inspección de la empresa PUIG con título PRESENTAC. PUIG 13-07-04.ppt, de 31 de agosto de 2004.

⁵ Documento electrónico recabado en la inspección de la empresa PUIG con título PRESENTAC. PUIG 13-07-04.ppt, de 31 de agosto de 2004.

⁶ Documento en formato papel recabado en la inspección de PUIG con título “DIVISION HIGIENE ESTRATEGIA 2006”, de junio de 2005.

- (116) *Del análisis de los documentos obrantes en el expediente queda acreditado que las fechas planificadas por PUIG para realizar el proyecto “DOWNSIZING”, consistente, tal y como puede verse en el anterior punto, en reducir el formato de geles de baño y ducha a 650 ml manteniendo el precio, eran entre julio y septiembre del 2006.*
- (117) *Así consta en el documento “DIVISIÓN HIGIENE ESTRATEGIA 2006” recabado en formato papel durante la inspección y mencionado en el punto anterior, el cual contiene un calendario de proyectos, en el que el citado proyecto de “DOWNSIZING” aparece programado para los meses de Julio-Agosto-Septiembre de 2006 (“JAS’06”) (folio 2412).*
- (118) *Otro tanto sucede con los documentos en formato electrónico recabados en la misma empresa. Así, en el correo enviado por un empleado de la empresa PUIG a varios destinatarios de la misma empresa el 17 de septiembre de 2005, puede leerse (folio 6215)⁷:*
- ”Desde Trade se plantea que el Downsizing planteado para Julio deberá atrasarse a septiembre porque no está suficientemente separado el lanzamiento en marzo/abril y el downsizing en julio”.*

Igualmente respecto a COLGATE consta correo electrónico aportado por él mismo al expediente en el que el 27 de octubre de 2005 el Director General COLGATE se planteaba dicha reducción, y solicita información a sus empleados sobre qué alternativas de reducción habría entre 750 ml y 500 ml (f7132).

4.2. Situación competitiva en el mercado antes del acuerdo

Consta correo electrónico en el expediente entre personal de COLGATE (f2033) con fecha 1 de agosto de 2005 en que entre las propuestas sobre temas para trabajar en los meses posteriores consta “3) PVP’s: “contener” al máximo esta guerra. Como alguien dijo sabiamente: Esta no es una guerra que ganaremos de una vez, iremos ganando batallas”, y el 8 de agosto de 2005 en contestación a este correo, enviado por el Director General de COLGATE se puede leer: “Estoy de cuerdo con todo lo que has puesto aquí. Lo único que, para mi beneficio propio, he decidido compactarlo en 10 (por redondear) y he seleccionado a mi parecer lo que le dará más impacto a la compañía en ventas y utilidades. ... Bien pudiera servir como un preámbulo al Budget (de nuevo para discutir): 1. Mantener los precios actuales (contener la guerra) 2. Implementar los aumentos de precios del 2006 en el Q1.....”

4.3. Mercado afectado

Las marcas afectadas por la reducción del formato abarcan toda la gama de precios en el mercado del gel, tal y como muestra el siguiente gráfico (f1625), por lo tanto el mercado afectado no es sólo el denominado Premiun por SARA LEE.

Cuadro 5

⁷Correo electrónico enviado el 17/10/2005 con título "Resumen Demand Meeting Consumo", recabado en la inspección de la empresa PUIG.

2007		
GRUPO 1 ≥ 3€	CONF	Magno → CONF € (HENKEL)
	CONF	Moussel → CONF € (SARA LEE)
GRUPO 2 entre 2€ y 2,5 €	CONF	SANEX (SARA LEE)
	CONF	
	CONF	Kinesia → CONF € (PUIG) Lactovit → CONF € (PUIG) La Toja → CONF € (HENKEL)
	CONF	
GRUPO 3 ≤ 2€	2,00	Fa y NB → CONF € (HENKEL y COLGATE) NH → CONF € (NATURAL HONEY, COLOMER) S3 → CONF € (SARA LEE)
	1,80	
	1,60	

Fuente: documentación SARA LEE (Confidencial) f1625"

En la gama alta de producto están presentes HENKEL (MAGNO) y SARA LEE (MOUSSEL); en la gama media están tanto SARA LEE (SANEX), como PUIG y HENKEL, y en la gama inferior están SARA LEE, COLGATE, HENKEL.

4.4. Efectos sobre los precios

La información remitida por las empresas a requerimiento de la DI, y que en el caso de HENKEL, PUIG y SARA LEE se ha reproducido en el Cuadro 4 del HA 3.3.2 permite calcular las variaciones de precios y no sólo por envase, sino por unidad de producto, en este caso el litro, tal y como muestran los cuadros siguientes.

Cuadro 6

SARA LEE					
SANEX					
	(envase)			Variación P. Tarifa	Variación P. Cesión
	P. Tarifa	P. Negociado	P. Cesión		
2004	[Confidencial]	[Confidencial]	[Confidencial]		
2005	[Confidencial]	[Confidencial]	[Confidencial]	4,47	9,09
2006	[Confidencial]	[Confidencial]	[Confidencial]	-0,99	7,69
2006	[Confidencial]	[Confidencial]	[Confidencial]	0,00	-1,19
2007	[Confidencial]	[Confidencial]	[Confidencial]	7,97	-9,04
2008	[Confidencial]	[Confidencial]	[Confidencial]	-2,15	7,95

	(litro)				
	P. Tarifa	P. Negociado	P. Cesión		
2004	[Confidencial]	[Confidencial]	[Confidencial]		
2005	[Confidencial]	[Confidencial]	[Confidencial]	4,47	9,09
2006	[Confidencial]	[Confidencial]	[Confidencial]	-0,99	7,69
2006	[Confidencial]	[Confidencial]	[Confidencial]	15,38	14,01
2007	[Confidencial]	[Confidencial]	[Confidencial]	7,97	-9,04
2008	[Confidencial]	[Confidencial]	[Confidencial]	-2,15	7,95

Fuente: elaboración propia con datos remitidos por las partes (f 3698 y ss.)

Cuadro 7

HENKEL					
FA	P. Tarifa	(envase)	PVP	Variación P. Tarifa	Variación PVP
2004	[Confidencial]		[Confidencial]		
2005	[Confidencial]		[Confidencial]	0,00	0,00
2006	[Confidencial]		[Confidencial]	0,00	0,00
2007	[Confidencial]		[Confidencial]	-4,99	0,00
2008	[Confidencial]		[Confidencial]	0,00	2,87
2009	[Confidencial]		[Confidencial]	-8,69	0,00
	P. Tarifa	(litro)	PVP		
2004	[Confidencial]		[Confidencial]		
2005	[Confidencial]		[Confidencial]	0,00	0,00
2006	[Confidencial]		[Confidencial]	0,00	0,00
2007	[Confidencial]		[Confidencial]	9,63	15,38
2008	[Confidencial]		[Confidencial]	0,00	2,87
2009	[Confidencial]		[Confidencial]	-8,69	0,00
MAGNO	P. Tarifa	(envase)	PVP	Variación P. Tarifa	Variación PVP
2004	[Confidencial]		[Confidencial]		
2005	[Confidencial]		[Confidencial]	0,00	0,00
2006	[Confidencial]		[Confidencial]	2,77	5,35
2007	[Confidencial]		[Confidencial]	-5,01	0,00
2008	[Confidencial]		[Confidencial]	0,00	4,44
2009	[Confidencial]		[Confidencial]	-8,09	0,00
	P. Tarifa	(litro)	PVP		
2004	[Confidencial]		[Confidencial]		
2005	[Confidencial]		[Confidencial]	0,00	0,00
2006	[Confidencial]		[Confidencial]	2,77	5,35
2007	[Confidencial]		[Confidencial]	9,60	15,38
2008	[Confidencial]		[Confidencial]	0,00	4,44
2009	[Confidencial]		[Confidencial]	-8,09	0,00
LA TOJA	P Tarifa	(envase)	PVP	Variación P. Tarifa	Variación PVP
2004	[Confidencial]		[Confidencial]		
2005	[Confidencial]		[Confidencial]	0,00	0,00
2006	[Confidencial]		[Confidencial]	7,19	7,19
2007	[Confidencial]		[Confidencial]	-4,55	0,00

	P. Tarifa	(litro)	PVP	
2004	[Confidencial]		[Confidencial]	
2005	[Confidencial]		[Confidencial]	0,00
2006	[Confidencial]		[Confidencial]	7,19
2007	[Confidencial]		[Confidencial]	10,14
				15,38

Fuente: elaboración propia con datos remitidos por las partes (f3653 y ss.)

Cuadro 8

PUIG				
LACTOVIT	P. Tarifa	(envase)	Variación P. Tarifa	
2004	[Confidencial]			
2005	[Confidencial]		5,86	
2006	[Confidencial]		1,70	
2007	[Confidencial]		0,00	
2008	[Confidencial]		-4,60	
2009	[Confidencial]		-1,75	
	P. Tarifa	(litro)		
2004	[Confidencial]			
2005	[Confidencial]		5,86	
2006	[Confidencial]		1,70	
2007	[Confidencial]		15,38	
2008	[Confidencial]		-4,60	
2009	[Confidencial]		-1,75	
KINESIA	P. Tarifa	(envase)	Variación P. Tarifa	
2004	[Confidencial]			
2005	[Confidencial]		0,00	
2006	[Confidencial]		4,17	
2007	[Confidencial]		0,00	
2008	[Confidencial]		-0,80	
2009	[Confidencial]		-13,71	
	P. Tarifa	(litro)		
2004	[Confidencial]			
2005	[Confidencial]		0,00	
2006	[Confidencial]		4,17	
2007	[Confidencial]		15,38	
2008	[Confidencial]		-0,80	
2009	[Confidencial]		-13,71	
HENO DE PRAVIA	P. Tarifa	(envase)	Variación P. Tarifa	
2004	[Confidencial]			
2005	[Confidencial]		-21,18	
2006	[Confidencial]		5,00	
2007	[Confidencial]		0,00	
2008	[Confidencial]		-25,89	

	P. Tarifa	(litro)
2004	[Confidencial]	
2005	[Confidencial]	-21,18
2006	[Confidencial]	5,00
2007	[Confidencial]	15,38
2008	[Confidencial]	-25,89

Fuente: elaboración propia con datos remitidos por las partes (f 3698 y ss.)

La información aportada por COLGATE a requerimiento de la DI (f4637), permite calcular las variaciones de precios que han tenido lugar en el 2006 y en el 2007, aunque no especifica si es por envase o por tarifa. Por defecto son precios por envase. Las variaciones serían las siguientes:

Cuadro 9

	Precio en península (€)	Variación (%)
Gel NB		
2005	[Confidencial]	
2006	[Confidencial]	2,98
2007	[Confidencial]	2,04

Fte: Elaboración propia según datos del expediente (f4637)

La información aportada por COLOMER a requerimiento de la DI (f4647), permite calcular las variaciones de precios que han tenido lugar en el 2006 y en el 2007, y que son los siguientes:

Cuadro 10

Precios de COLOMER para el formato de 750 ml				
	PVP Recomendado (€)	Variación (%)	P CESION Medio(€)	Variación (%)
2004	[Confidencial]		[Confidencial]	
2005	[Confidencial]	4,88	[Confidencial]	0,00
2006	[Confidencial]	-4,65	[Confidencial]	-1,52
2007	[Confidencial]	1,46	[Confidencial]	0,77
2008	[Confidencial]	3,37	[Confidencial]	-6,87

Fte: Elaboración propia según datos de aportados por COLOMER f(4647)

5. Sobre las relaciones de independencia en la toma de decisiones de la filial y la matriz

- (f1231). Consta en el acta de inspección realizada a HENKEL la siguiente pregunta y respuesta:

“4. ¿Comunicó a alguien perteneciente a la casa matriz, la decisión de HENKEL IBERICA, de cambiar el formato de 750 a 650 ml? El Sr. [XXX] comunicó

verbalmente este cambio a [XXX], pero no existen documentos por escrito. Además le informó de la reunión con los competidores, pero este cambio no se trató en el Comité Regional”.

- (f1369). Consta en el acta de inspección realizada a PUIG las siguientes preguntas y respuestas:

“D. [XXX] especifica que la organización a nivel interno difiere de la organización reflejada en el organigrama y que se organizan en división de marcas y de mercados, siendo el responsable de esta última división D. [XXX] al cual reporta la citada D^a [XXX] toda la información y cambios que se producen de la división a su cargo.

Preguntada por la estructura empresarial que aparece en el organigrama facilitado, D^a [XXX] aclara que la organización a nivel societario no se corresponde exactamente con el funcionamiento interno de la empresa y que la División Puig España, S.L. en la práctica englobaría a ciertas divisiones de “Antonio Puig España, S.A.”, “Myrurgia, S.A.” y “Perfumería Gal S.A.”; y que ella es la responsable del negocio de las citadas sociedades en el ámbito español en relación con el sector de geles de baños, entre otros.

Al ser preguntada D^a [XXX] sobre el proceso interno de la empresa sobre toma de decisiones, sobre todo en lo relativo a un cambio del formato de geles, ésta afirma que es el departamento de marketing el que primero plantea el cambio, que este cambio es planteado posteriormente a la Dirección Comercial y luego a D^a [XXX] que finalmente es la persona que toma la decisión, ya se trate de un cambio en diseño, forma, color, tamaño, etc. Finalmente la citada D^a [XXX] presenta esta modificación a D. [XXX], a efectos informativos y de validación”.

Y la directora de marketing, en la misma acta de inspección (f1372) responde como sigue:

“Se le pregunta sobre las razones que llevaron a la empresa a cambiar los formatos en 2006 a lo que responde que su origen es buscar el aumento de la rentabilidad, dado que es un sector muy competitivo y por parte de la empresa, en general, se decidió primar la rentabilidad al market share o volumen de ventas y que la división de marketing tomó la iniciativa de al implementación que se había reflejado en el plan de marketing 2006 con el “proyecto dieta”, que afectó al cambio de formato además de aspectos como la mejora de la fórmula del producto o la reducción del número de promociones, teniendo en cuenta para todo ello la forma en la que se toman decisiones, como previamente ha comentado [XXX], es decir, que la decisión la tomó finalmente la citada Sra. [XXX]”.

En acta de reunión del grupo F&PG (Puig Beauty&Fashion Group) de noviembre de 2003 dirigida por la Sra. [XXX], (f7405) constan los puntos siguientes:

“6. Licencias. Están abiertas las siguientes vías:

- a. Puig: [Confidencial]*
- b. Myurgia: [Confidencial]*
- c. Gal. [Confidencial]*

11. Lucero. [XXX] presenta situación actual y próximos pasos (se adjuntan). Se aprueba el plan con el análisis adicional del plan de reubicación del actual personal en S. Just (Myurgia) y una propuesta conjunta clara de co-packing con Aitena a presentar durante este mes.

16. Precios Geles: se discuten distintas alternativas que deben analizarse tanto en cada compañía como en grupo:

- 1. [Confidencial].*
- 2. [Confidencial]*
- 3. [Confidencial]*
- 4. [Confidencial]*

▪ *En el acta de inspección domiciliaria realizada en SARA LEE constan las siguientes respuestas del Director General ([XXX]) (f1565):*

c. “Se le pregunta por el proceso de toma de decisiones de SARA LEE con respecto a su matriz. Al ser preguntado manifiesta que ellos tienen un mayor nivel de autonomía que el resto de multinacionales del sector. El proceso concluye formalmente en el AOP (reunión decisoria interna) que se celebra en el mes de marzo/abril.

f. Se le pregunta por el proceso de toma de decisiones de Household and Body Care de cara a sus superiores. Nos informa en detalle sobre la jerarquía de SARA LEE.

- i. Presidenta de SARA LEE mundial: [XXX]*
- ii. Jefe de Household and Body Care a nivel mundial: [XXX]
Vicepresidentes regionales: Europa del Norte y África, Europa del Sur y Este ([XXX]) y Asia y Pacífico.*
- iii. Director General en España: [XXX]*

g. Se le pregunta cómo se ha transmitido a sus superiores la propuesta de reducir formatos. Al ser preguntado manifiesta que en Marzo/Abril 2006, coincidiendo con el año fiscal se elabora un Annual Operating Plan (AOP) que unas semanas antes se presenta (pre-AOP) a [XXX] (vicepresidente regional de Europa del Sur y del Este en el momento de producirse los hechos) y posteriormente a [XXX]. Una vez aprobado, los siguientes pasos se suceden con rapidez ya que no hay que realizar cambios en el diseño que impliquen inversiones en las fábricas sino que únicamente se cambia la longitud/altura del envase. Además, recalca que puede darse marcha atrás al

proceso con un coste relativamente bajo si la competencia no les siguiese en la reducción del formato o si el consumidor redujese su demanda. Añade que desde que se aprueba el AOP 2006 cuentan con 5 meses de margen, ya que durante el verano no es conveniente introducir cambios en el mercado”.

En el acta de inspección domiciliaria realizada en COLOMER constan las siguientes respuestas del Director General (Sr. [XXX] (f1831):

“1. Se le pregunta por el proceso de toma de decisiones de la empresa en el ámbito de los cambios de formato de los envases de geles. Al ser preguntado manifiesta que es primera presentado por marketing, con una implicación directa del departamento de producción, y posteriormente aprobado por el Director General, en este caso él mismo.”

En el acta de inspección domiciliaria realizada en COLGATE constan las siguientes respuestas del Director General ([XXX]) (f1876):

“3. ¿A quién reporta el Director General fuera y dentro de España, cuando toma una decisión que afecta a aspectos importantes en los productos, tales como cambios de formato tanto en tamaño como forma o color?

A nivel nacional no reporta a nadie. A nivel internacional reporta al Presidente de Colgate Palmolive ubicado en Ginebra”.

6. Sobre las actuaciones de COLGATE

Consta acreditado en la PR de la DI, de la información contenida en el expediente que:

(124) *“..... se puede concluir que la empresa convocada pero ausente en dicha reunión, COLGATE, fue plenamente consciente de la existencia del acuerdo⁸ y que estuvo evaluando las ventajas e inconvenientes de reducir el formato de 750 ml a 650 ml.*

(125) *Este último hecho se considera acreditado por el documento electrónico recabado en la inspección realizada en COLGATE, de fecha 6 de febrero de 2006, entre la primera y la segunda reunión, consistente en una presentación donde se exponen los “Pros y Contras” de la citada reducción de los formatos de 750 ml. a 650 ml. de los geles de baño y ducha, teniendo en cuenta lo valorado en la primera de dichas reuniones (folio 4102, traducido en el folio 6252)⁹.*

(126) *En esta presentación de COLGATE se analiza exactamente la reducción de formato de 750 ml. a 650 ml. pudiendo leerse textualmente SG Downsizing from 750m to 650m”.*

⁸ Folios 17, 115 y 116: Solicitud de exención de HENKEL; folios 155, 156, 179 y 180: Solicitud de exención de SARA LEE; folio 1566: Acta de la inspección de SARA LEE y folio 5097: Declaración verbal de HENKEL de 27 de marzo de 2009, en el ámbito de la solicitud de exención presentada.

⁹ Documento recabado en la inspección de COLGATE, con título "SG Downsizing Pro & Con.ppt" con fecha 6 de febrero de 2006.

(127) *“También queda acreditado de acuerdo con lo indicado en dicha presentación, que COLGATE era consciente del posible comportamiento de la empresa convocante de la reunión, es decir, PUIG, respecto de su producto Lactovit, y así en el archivo se puede leer literalmente: “Might be following Lactovit moving to smaller size (not confirmed)” traducido por la empresa como “Puede que estemos siguiendo a Lactovit en su cambio a un tamaño menor (sin confirmar)”, de acuerdo con lo manifestado por PUIG en la reunión de 1 de diciembre de 2005 (folio 6252)¹⁰.*

En sus alegaciones al PCH, COLGATE aporta minuta de una reunión fechada el 12 y 13 de septiembre de 2006 (f7200) en la que puede leerse *“HENKEL y SARA LEE son débiles y constituyen una oportunidad de ganar cuota.”* Y también, referido a geles de baño *“España: diferenciar la gama Segatti Premium y NPD de la botella brick Base NB moviendo al logo Palmolive, lo que permitirá Simplificación/Mejora de Margen. CP España a desarrollar un plan de mejora del margen (primer trimestre de 2007).”*

En las mismas alegaciones se aporta documento con formato de presentación, fechado el 8 de noviembre de 2006 (f7147), cuyo título es *“PALMOLIVE NEUTRA BALANCE. Plan de Defensa. Actualización”*, en el que se incluyen acciones de denuncia ante el órgano de AUTOCONTROL DE LA PUBLICIDAD” basándose en publicidad engañosa y abuso de la buena fe de los consumidores (f7148), y diseño de campaña de marketing *“el tamaño sí importa”*.

COLGATE alega denuncias ante AUTOCONTROL de las campañas promocionales de SARA LEE y PUIG de sus formatos de 650 ml anunciando regalo del resto de producto hasta 750 ml. No obstante sólo constan acreditadas las denuncias a SARA LEE. Autocontrol falló el 16 de noviembre en contra de la demanda interpuesta por COLGATE, si bien ante el recurso de alza planeado por ésta, resolvió parcialmente estimando dicho recurso el 4 de enero de 2007.

Respecto a la campaña publicitaria, consta aportado por COLGATE un documento de 8 de noviembre de 2006 (f7142 y ss.) con el diseño de dicha campaña publicitaria para resaltar la diferencia del tamaño de COLGATE respecto a sus competidores”. Entre otras acciones se proponía comercializar los envases con etiquetas sujetas en el tapón del envase donde se llamara la atención del comprador sobre la conveniencia de medir y comparar los tamaños ofrecidos antes de adquirir el producto, para no ser liados.

7. Sobre las actuaciones de COLOMER

- Comunica que si bien hubo un proyecto de lanzar un tamaño de Natural Honey inferior al de 750, éste finalmente no se llevó a cabo (f3591).
- Confirma la asistencia del Sr. [XXX] a la reunión del 1 de diciembre, que fue convocado por HENKEL y que manifestó no estar interesado en reducir el tamaño de sus geles (f3599).

¹⁰ Documento recabado en la inspección de COLGATE, con título "SG Downsizing Pro & Con.ppt" con fecha 6 de febrero de 2006.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Normativa de aplicación

Sobre la legislación nacional

El día 1 de septiembre de 2007 entró en vigor la *Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de Defensa de la Competencia*, por la que se crea la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) y declara extinguidos el Organismo Autónomo Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia.

La conducta que la DI imputa como infractora de la LDC se inicia el 1 de diciembre de 2005, estando por tanto en vigor la Ley 16/1989 y habría continuado bajo la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de Defensa de la Competencia, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2007. Sobre la cuestión de cuál de las dos normas debe ser aplicada, este Consejo ya ha resuelto en su Resolución de 12 de noviembre de 2009 S/0037/08 Compañías de Seguro Decenal, donde coinciden los elementos suficientes como aplicar el mismo razonamiento, y que es el siguiente: *“Ambas normas prohíben en su artículo 1.1.a) la misma conducta: los acuerdos que tengan por objeto, produzcan o puedan producir el efecto de “la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio” en todo o en parte del mercado nacional. Por tanto, a efectos de la calificación jurídica de los hechos declarados probados, no tiene ninguna relevancia aplicar una u otra Ley de defensa de la competencia. De hecho la DI considera que la conducta imputada constituye una infracción del art. 1.1.a) de la Ley 16/1989 hasta su derogación y del art. 1.1.a) de la Ley 15/2007 desde su entrada en vigor. La DI califica la conducta imputada como un cártel, en el que intervinieron tanto aseguradoras como reaseguradoras, por lo que también a efectos de la eventual sanción de la infracción del art. 1.1.a) LDC carece de trascendencia la aplicación de una u otra norma.”...* En casos como el presente, en los que la conducta se extiende en el tiempo durante el plazo de vigencia de dos normas (la Ley 16/1989 y la Ley 15/2007), de acuerdo con el art. 128 de la Ley 30/1992, el Consejo considera que es necesario aplicar una de las dos, debiendo optar por aquella que resulte más beneficiosa para la empresa imputada conforme a los principios de irretroactividad de la norma sancionadora más desfavorable y de retroactividad de la más favorable para el infractor en el caso en concreto. Dado que en el marco de este expediente no es posible afirmar que la Ley 15/2007 sea más favorable que la ley 16/1989 para ninguna de las empresas imputadas, el Consejo considera que ésta última debe ser la Ley sustantiva aplicable a la conducta imputada; a su calificación y sanción. Sin embargo, puesto que la incoación del expediente se produjo el 1 de abril de 2008, su tramitación se ha realizado conforme a las normas procesales de la Ley 15/2007, pues así resulta a contrario de la Disposición transitoria primera.1 de la misma.” En el presente caso la incoación se produjo el 16 de junio de 2008, y dada la doctrina anterior, es de aplicación la Ley 16/1989 en lo sustantivo, y la Ley 15/2007 en lo referente al procedimiento.

Sobre la legislación comunitaria

Por lo que respecta a la aplicación del artículo 81 del Tratado de la Unión Europea (actualmente el artículo 101 del TFUE), si bien la DI realizó la incoación del expediente

no solo en base a la posible infracción de la normativa nacional sino también de la comunitaria, tal y como consta en el expediente, el PCH argumenta (§165) que: *“los documentos obrantes en el expediente ponen de manifiesto que el acuerdo de reducción de formatos con mantenimiento de precios analizado en el presente expediente afectó únicamente al mercado español”*. Y continúa (§166) diciendo que: *“Efectivamente, la conducta, aunque llevada a cabo por empresas que forman parte de grupos que operan a nivel internacional, no tiene la aptitud de afectar al comercio comunitario, sino que afecta exclusivamente al mercado nacional, restringiendo en él la competencia, por lo que procede concluir que no ha habido vulneración del artículo 81 del TCE.”*

Tan solo HENKEL alega que la CNC debería reconsiderar la aplicación del artículo 81 del TCE al presente caso. La aplicación del actual artículo 101 del TFUE requiere la apreciación de afectación al comercio entre Estados miembros, y en las Directrices de la Comisión relativas al concepto de efecto sobre el comercio (DOUE C 101 de 27 de abril de 2004) se establece la regla de ausencia de efecto apreciable sobre el comercio o regla AEAC (§3). El criterio del efecto sobre el comercio se basa en principios generales como que: *“El criterio del efecto sobre el comercio es un criterio autónomo del Derecho comunitario que debe evaluarse por separado en cada caso”* (§12) y que *“el acuerdo o la práctica debe afectar al comercio entre Estados Miembros de manera “significativa”, (§13)*. Señalan estas directrices que *“al aplicar el criterio del efecto sobre el comercio, deben tenerse especialmente en cuenta tres elementos: a) el concepto de “comercio entre los Estados miembros, b) la noción de “puede afectar” y c) el concepto de “apreciabilidad”* (§18). En el caso presente el producto en cuestión, el gel de baño y ducha es un producto que por su propia naturaleza es susceptible de generar un comercio entre Estados miembros, y por tanto atendiendo al primer elemento a tener en cuenta, éste existe y por tanto procede continuar con el análisis. Sobre la noción de *“puede afectar”* nos encontramos con que el acuerdo consiste en reducir la capacidad del envase en el que comercializa el producto manteniendo su precio, es decir, se trata de vender al mismo precio una menor cantidad de producto, lo que obviamente equivale a vender el mismo producto a un precio mayor en el mercado español. Por lo que se deduce de lo investigado, los bajos márgenes de comercialización (escasa rentabilidad) de este producto en el mercado español en comparación con los que éstas mismas empresas obtienen en otros países, en su condición de empresas multinacionales presentes en todos los países de la UE, es la principal de las razones argumentadas por los imputados para justificar su cambio de formato. Se argumenta que el formato español es notablemente superior al del resto de países europeos debido a que tradicionalmente nuestra composición familiar ha sido de mayor tamaño que la de países vecinos, pero que dicha estructura familiar ha experimentado un cambio en los últimos años adaptándose a los perfiles europeos, con lo que la tendencia natural sería la reducción del formato planteada ya con anterioridad. En este contexto, si bien el principal afectado con el acuerdo es el mercado español, donde se produce el incremento directo de los precios, cabe suponer que a pesar de que el formato español no coincida con las costumbres de otros países europeos, el hecho de que el precio del producto sea notablemente inferior al de dicho países podría incentivar a los distribuidores de otros países a importar estos formatos si con ello consiguen aumentar sus márgenes de distribución, y en este sentido el acuerdo

supondría retirar un producto del mercado que podría tener como efecto una limitación en los intercambios comunitarios. En este sentido entiende el Consejo que concurre en sentido positivo el segundo elemento a tener en cuenta, el de “puede afectar”. Queda por último analizar el concepto de la apreciabilidad. Es cierto que las empresas imputadas en el presente expediente representan aproximadamente la mitad del tamaño del mercado de producto, el de los geles de baño y ducha, y ello en principio debe alertar sobre la posible valoración positiva de la apreciabilidad. Sin embargo, en el caso presente concurren otras circunstancias que llevan a este Consejo a valorar que si bien el acuerdo tiene la capacidad teórica o potencial de afectar el comercio intracomunitario, no aprecia que dicha afectación pudiera ser significativa. Esta conclusión se deriva del análisis conjunto realizado sobre cómo están organizados los sistemas de distribución y comercialización de productos, sobre la presencia de las imputadas en el resto de países de la UE, y sobre las características de la distribución. Se deduce del expediente que los fabricantes de gel imputados en este expediente comercializan una parte importante de sus productos a través de las grandes superficies comerciales, muchas de ellas multinacionales implantadas en toda la UE, y tiendas especializadas, discutiendo directamente con ellas las condiciones de venta, y aplicando descuentos y promociones en función de las características propias de cada distribuidor, esto es, en función fundamentalmente del poder negociador de cada uno de ellos. Las imputadas operan en el resto de países de la UE, con sede en muchos de ellos, comercializando ellas mismas sus productos, y no cabe apreciar la existencia de indicios de que el acuerdo vaya a alterar de forma significativa la operatividad actual de los canales de distribución existentes en el sentido de dificultar el comercio intracomunitario. Por ello, este Consejo considera que en el caso concreto que nos ocupa en esta Resolución, analizadas las características de la conducta en el contexto económico en el que desarrollan las relaciones comerciales entre fabricante y distribuidor, no cabe apreciar indicios de afectación significativa del comercio intracomunitario, y por tanto no sería de aplicación el artículo 101 del TFUE.

SEGUNDO.- El objeto de la presente Resolución

El objeto de esta Resolución es determinar si tal y como propone la DI las empresas implicadas han infringido la LDC, debiendo valorar para ello los hechos acreditados en el expediente y las alegaciones presentadas por las partes interesadas en el mismo. Debe también resolver el Consejo las cuestiones planteadas con respecto a las solicitudes de aplicación de exención total y de reducción de las sanciones en virtud del nuevo programa de clemencia que la Ley 15/2007 ha incorporado a nuestro ordenamiento jurídico.

La propuesta elevada por la DI al Consejo de la CNC se plantea en los siguientes términos:

En primer lugar que se declare que HENKEL IBÉRICA S.A. y su matriz, HENKEL AG CO KGAA, SARA LEE HOUSEHOLD & BODY CARE ESPAÑA, S.L. y su matriz, SARA LEE CORPORATION, PUIG BEAUTY & FASHION GROUP S.L. y COLGATE PALMOLIVE ESPAÑA, S.A. y su matriz, COLGATE PALMOLIVE HOLDING S. COMP. P.A. son responsables de haber acordado la reducción del formato de venta de los geles de baño y ducha desde una capacidad de 750 ml a 650 ml manteniendo el precio de venta del envase en el mismo nivel. Esta conducta debe ser valorada como una

conducta colusoria del artículo 1 de la LDC, teniendo por objeto y efecto una fijación indirecta de precios. Propone igualmente que dicha conducta colusoria se tipifique como infracción muy grave del artículo 62.4.a) de la LDC, y que consecuentemente se les imponga a los infractores la sanción prevista en el artículo 63.1.c) de la LDC para las infracciones muy graves aplicando los criterios previstos en el artículo 64 para determinar el importe de la sanción.

En segundo lugar propone que se proceda al archivo de las actuaciones contra THE COLOMER GROUP SPAIN, S.L., por no haber quedado acreditada la comisión de la infracción analizada en este expediente por dicha empresa.

Por último, en aplicación de lo dispuesto en la LDC y el RDC respecto del programa de clemencia, y a la vista de lo actuado, propone que se exima del pago de la multa a HENKEL IBÉRICA, S.A. y a su matriz, HENKEL AG CO KGAA, de acuerdo con la exención condicional que en su día concedió la DI de conformidad con lo establecido en el artículo 65.1.a) de la LDC y el artículo 47.1 del RDC. Fundamenta dicha propuesta en que esta empresa fue la primera en aportar los elementos de prueba que a su juicio le permitieron ordenar el desarrollo de una inspección en los términos establecidos en el artículo 40 de la LDC en relación con el cártel descrito en la citada solicitud de exención, en el mercado de geles de baño y ducha en el territorio nacional.

Ante esta propuesta de la DI, las cinco partes interesadas en este expediente han presentado sus alegaciones, que se han resumido en los Antecedentes de esta Resolución y que van a ser confrontadas con las propuestas de la DI y valoradas por el Consejo de la CNC en los siguientes fundamentos de derecho de esta Resolución, según la naturaleza de las mismas, y señalando en cada caso quien presenta cada una de ellas.

TERCERO.- Sobre la infracción del artículo 1

La DI fundamenta su valoración en que la conducta infringe el artículo 1 de la Ley 16/1989 y el artículo 1 de la Ley 15/2007; se trata de una infracción continuada, que comenzó el 1 de diciembre de 2005 y su duración llegó al menos hasta el momento de la incoación y el acuerdo entra dentro de la definición de cártel de la DA 4ª de la Ley 15/2007. El acuerdo tiene carácter anticompetitivo pues las empresas participantes han expresado su voluntad común de comportarse de una manera determinada; el acuerdo atenta contra la fijación libre de precios, institución básica de la economía de mercado, como ya ha declarado el extinto TDC; las empresas imputadas celebraron al menos dos reuniones para reducir el formato de forma conjunta y mantener el precio; por su propia naturaleza este acuerdo falsea significativamente la competencia, perjudicando el interés público general; el cártel es una de las restricciones más perjudiciales, como establece el artículo 62.4.a) de la LDC; el acuerdo para implementar progresivamente el cambio de formato sin variar el precio, enmascara el acuerdo, dificultando la identificación de la subida de precios que implica, y dificultando la capacidad negociadora de las grandes superficies y los implicados eran plenamente conscientes de la ilegalidad de la conducta.

Por todo ello la DI considera que: *“El acuerdo adoptado e implementado por Puig, Henkel, Sara Lee y Colgate, a través de los contactos y las reuniones celebradas el 1 de diciembre de 2005 y el 13 de febrero de 2006 entre representantes de alto nivel de*

dichas empresas, constituye una infracción tipificada en el artículo 1.1.a) de la LDC, consistente en la fijación de incrementos de precios a través de la reducción de los formatos de geles de baño y ducha y el mantenimiento de los precios de los anteriores formatos de mayor capacidad, incrementando así el precio del producto por mililitro, afectando dicha conducta exclusivamente al mercado nacional.

Respecto a los Efectos en el Mercado la DI valora lo siguiente: *“Cabe destacar que el control de la oferta y, por tanto, la posibilidad de mantener artificialmente elevados los precios, supone una pérdida del excedente del consumidor de gel de baño y ducha, que no se correspondería con la asignación eficiente del mercado en ausencia de este acuerdo. Adicionalmente, la restricción de la competencia derivada del acuerdo adoptado por las empresas del cártel puede suponer una merma en la innovación y la calidad del producto, puesto que el precio se fijaba entre las principales empresas competidoras en el sector y la motivación para una mejora de dicho producto difícilmente podría derivar de dicha competencia, reduciéndose de forma sustancial los incentivos de dichas empresas para comportarse de forma comercialmente más agresiva”.*

“Por otra parte, aun en este caso en el que el acuerdo no fue implementado por la totalidad de las empresas participantes en el cártel, ante el incumplimiento de COLGATE de ejecutar lo acordado, ello no significa que dicho cártel no haya sido efectivo y se haya implementado y que sus efectos sobre el mercado no hayan sido anticompetitivos, como señala la teoría económica y ha indicado también el Consejo de la CNC (Resolución del Consejo de la CNC de 31 de marzo de 2008 (Expediente 623/07, Transportes Barcelona), puesto que incluso cuando la restricción competitiva no es perfecta, puede conseguirse un incremento de los precios beneficiosos para el cártel si se consigue una reducción de la producción con respecto al nivel de producción competitivo, y provocar con ello un daño social considerable, como así ha sido en este caso”.

Este Consejo comparte con la DI su valoración de que la conducta analizada constituye una infracción del artículo 1 de la LDC, pues como acreditan los hechos recogidos en el HA.3 el acuerdo adoptado era por su objeto restrictivo de la competencia (H.A. 3.1); con el único objeto de diseñar y poner en práctica dicho acuerdo las interesadas mantuvieron diversos encuentros presenciales y telefónicos (H.A. 3.2); y finalmente implementaron el calendario de reducciones de tamaño de los envases comercializados en las mismas fechas previamente acordadas, con la sola excepción de COLGATE, que no redujo sus envases de 750 ml a 650 ml en la fecha acordada (octubre 2006) (HA.3.3).

Sobre las reuniones PUIG acepta la celebración de la primera, ésta es la de 1 de diciembre de 2005 en la sede de SARA LEE, pero alega que su convocatoria fue realizada por HENKEL y que la primera reunión fue “exploratoria” de un posible acuerdo que quedó postergado a reuniones posteriores. En su opinión la DI admite que esta primera reunión fue “el inicio de las negociaciones”. Ahora bien, dadas las contradicciones existentes respecto a la segunda reunión, la única conclusión que cabría en Derecho, es que la misma no existió. Por último, respecto a la tercera reunión, su existencia sólo la sostiene HENKEL y dice que el motivo era confirmar los

lanzamientos, sin embargo dichos lanzamientos ya estaban en marcha por parte de PUIG.

Según PUIG los hechos analizados no alcanzarían la naturaleza de acuerdo, pues éste se habría producido en la segunda reunión, y dado que esta no tuvo lugar, *“huelga rebatir las conclusiones de la DI sobre el “contenido” de la misma”*. El objeto de la reunión de 1 de diciembre no habría sido el de un incremento de precios ni se habría alcanzado pacto alguno sobre precios, y no habría podido constituir una “práctica concertada”, tan sólo podría haber habido un intercambio de información, y tal y como prueba la declaración de SARA LEE, el cambio de formato se habría producido igual sin la reunión, ésta sólo lo habría acelerado. También HENKEL dice que el cambio de formatos era irremediable. En resumen, en ausencia de reunión el mercado habría conocido los planes de PUIG sólo tres meses más tarde, pues los clientes de PUIG fueron informados de que se iba a hacer el cambio de formato, y por tanto, la reunión no tuvo ningún efecto.

El Consejo de la CNC valora que respecto a las reuniones entre competidores sobre las que se fraguó el acuerdo de cártel, hay consenso entre SARA LEE, PUIG, HENKEL y COLOMER sobre que la primera de ellas existió, se celebró el 1 de diciembre de 2005 en las sede de la filial de SARA LEE dedicada no a la fabricación y comercialización de gel, sino a la panificación y bollería industrial con la marca BIMBO, y que el tema tratado fue el de reducir los envases de 750 ml a 650 ml manteniendo el mismo precio por envase. También se habló de celebrar una segunda reunión, sin que conste oposición alguna de ninguno de los asistentes. Por tanto está acreditada la primera de las reuniones. Sobre la segunda reunión existía una clara intención de convocarla para concretar los términos del acuerdo, y los dos declarantes confirman que una segunda reunión tuvo lugar, aunque discrepan en los asistentes y el lugar de celebración. Según SARA LEE se habría celebrado en un bar y sólo entre HENKEL, SARA LEE y PUIG. HENKEL precisa que la reunión de ellos tres en el bar, del que aporta en esa fecha ticket de las consumiciones, se produjo al finalizar la reunión previa en la que habrían asistido las cinco empresas y que tuvo lugar en la sede de Bimbo, igual que la primera. Aporta HENKEL un correo enviado por su secretaria (f5106) el 8 de febrero de 2006 a SARA LEE con el nombre de los convocados a la segunda reunión, el nombre de sus secretarías y los teléfonos de los mismos. En dicho correo electrónico enviado efectivamente a la secretaria del director general de SARA LEE, constan los datos de los directores generales de HENKEL, PUIG, COLOMER y COLGATE. De dicho correo cabe deducir, según un razonamiento lógico, que al menos hasta la fecha de 8 de febrero de 2006 HENKEL contaba con reunir a los cinco implicados en la sede de SARA LEE. Igualmente consta en la agenda de la secretaria del director general de HENKEL un recordatorio de hablar a primera hora de la mañana del 13 de febrero con la directiva de PUIG. No hay más evidencia en el expediente que lleven a la DI a acreditar la existencia de esta segunda reunión, ni tampoco al Consejo, aunque sí considera acreditado el Consejo que se produjo una reunión entre HENKEL, SARA LEE y PUIG en un establecimiento público en las proximidades de la sede de SARA LEE de BIMBO, donde HENKEL sostiene que se mantuvo la segunda reunión con la asistencia de los cinco.

Por lo tanto, queda, a juicio de este Consejo y coincidiendo con la DI, acreditada la existencia de al menos dos reuniones, en las que con toda seguridad habrían participado HENKEL, SARA LEE y PUIG en ambas, y COLOMER también en la primera de ellas a la que también se le presume la asistencia de COLGATE. Sobre la existencia de COLGATE los dos declarantes coinciden en afirmar que COLGATE estuvo físicamente reunido con los cuatro restantes, si bien SARA LEE afirma que la presencia de COLGATE tuvo lugar en la primera de las reuniones, y HENKEL afirma que dicha presencia tuvo lugar en la segunda, y que él personalmente le informó del contenido de la primera por teléfono.

Sobre que el acuerdo existió, que se conformó en base a reuniones y contactos telefónicos entre las partes, que el mismo tenía por objeto la reducción del tamaño del envase manteniendo el precio del mismo, que en dichas reuniones participaron las cinco partes interesadas en este expediente, y que dicha conducta es tipificable como un acuerdo de cártel entre competidores, los solicitantes de clemencia HENKEL y SARA LEE no discrepan respecto de la DI, a diferencia de PUIG y COLGATE.

En las alegaciones de PUIG parece querer establecerse la existencia de conductas independientes, de tal forma que en la primera reunión sólo se habría producido un intercambio de información, mientras que en la segunda se habría producido el acuerdo. Esta alegación también la mantiene COLOMER en sus alegaciones a la PR. Como más adelante fundamenta este Consejo, en el FD UNDÉCIMO se considera que todo intercambio de información que se realiza como paso previo y requisito necesario para la constitución de un cártel no puede, como pretende PUIG, ser considerado como una conducta autónoma del cártel, máxime cuando éste llegó a existir. En el caso concreto que nos ocupa, ese inicial intercambio de información tenía por objeto lograr un acuerdo que minimizase el riesgo de implementar una nueva estrategia comercial de forma unilateral, tal y como desvelan las declaraciones de SARA LEE o la documentación obtenida de PUIG. La nueva estrategia comercial perseguía un incremento de precios, y el hacerlo unilateralmente implicaba un elevado riesgo de perder cuota de mercado a favor del resto de competidores, como finalmente ocurrió a favor de COLGATE. Para minimizar dicho riesgo se debía lograr el seguimiento de los competidores. Por tanto, de no haber sido por el interés en minimizar dicho riesgo de pérdida de clientes, no se aprecia la existencia de incentivo alguno en intercambiarse una información que resulta estratégica para competir, y que en un mercado en competencia todas las empresas la catalogan como información comercial sensible y solicitan, en el marco de expedientes abiertos por las autoridades de competencia, que dicha información sea declarada confidencial.

El comportamiento racional de los consumidores hace que sus decisiones de consumo sean tomadas no sólo atendiendo al precio absoluto del bien elegido, sino a su precio relativo con respecto al mismo producto comercializado por otros oferentes, de tal suerte que si encuentran un producto sustitutivo a menor precio la probabilidad de elegir el más barato, salvo preferencias marquistas, es altamente elevada. Por el contrario, si todos los oferentes aumentasen sus precios en la misma proporción, es decir, mantuviesen sus precios relativos estables, el resultado racional esperado es que los consumidores mantengan sus elecciones invariables. Eso es precisamente lo que pretendía el acuerdo, y por tanto el intercambio de información en el caso presente

tenía por objeto lograr el consenso ante la reducción de tamaño. No es plausible pues, como pretende PUIG, analizar el intercambio de información como una conducta con entidad propia en el caso presente, y desligarla del resto de reuniones y contactos mantenidos entre las partes.

En esa primera reunión, dicho intercambio de información fue el punto de partida de la constitución del cártel, y las manifestaciones de apoyo a la nueva estrategia comercial de unos, junto con las ausencias de pronunciamientos en contra de otros, posibilitó que prosiguiesen los planes para perfilar los detalles de la implementación de dicha nueva estrategia. El comportamiento mantenido por todos ellos en esa primera reunión causó la impresión de que dicho consenso era plausible, pues en dicha reunión PUIG, SARA LEE y HENKEL manifestaron públicamente su interés en la reducción de los envases y si bien no está acreditado que COLOMER y COLGATE mostraron su conformidad públicamente, tampoco está acreditado lo contrario, pues no hay constancia en el expediente de que abandonaron la reunión al conocer las pretensiones de los demás asistentes, ni de que manifestasen públicamente su rechazo a la idea planteada desde el principio, ni consta que anunciaran que tampoco tenían intención de acudir a una segunda reunión. El Consejo valora que las declaraciones de HENKEL y de SARA LEE llevan a que la primera impresión que cabía esperar del transcurso de dicha reunión es, por la coincidencia en la descripción de su contenido, que no había un rechazo de la medida propuesta, y consiguientemente podía esperarse un seguimiento mayoritario de la reducción de envases manteniendo el precio, de forma que tras esa primera reunión, el acuerdo tenía altas probabilidades de culminar con éxito. Por ello la actitud de todos los participantes en dicha reunión contribuyó a alimentar y solidificar las bases del cártel. En este contexto se explica que el 8 de febrero, en el correo que HENKEL envía a SARA LEE para preparar la reunión del 13 de febrero, se incluyan a todos los Directores Generales de todas las implicadas, pues si nadie se había desmarcado de lo tratado en la primera reunión es lógico que todos ellos fuesen convocados a la segunda de las reuniones.

Por tanto PUIG no puede aislar como pretende los objetos de las distintas reuniones, porque éste era único: lograr un seguimiento mayoritario en la subida de precios que tendría lugar al reducir todos ellos, según el calendario acordado, la cantidad de producto puesta a la venta en cada envase pero manteniendo el precio constante. Esta es la verdadera finalidad, incrementar los precios de un producto que consideran de baja rentabilidad.

Sigue sosteniendo PUIG en sus alegaciones que el presunto acuerdo habría sido fruto de la segunda reunión, y que como ésta no se produjo pues entonces no hubo tal acuerdo. Esta argumentación merece una doble contestación. Por una parte, que no es cierto como pretende PUIG, que no haya quedado acreditada la existencia de una segunda reunión, sino los términos en la que ésta se produjo, pues ciertamente se produjo. En efecto, las declaraciones de los dos solicitantes de clemencia no coinciden en cuanto a quienes asistieron y donde se celebró, pues mientras HENKEL sostiene que acudieron los cinco a la sede de SARA LEE, este último sostiene que no se celebró debido a que COLGATE, ante la intervención de las autoridades de competencia de Francia había mostrado sus temores a mantener la segunda reunión prevista. Sin embargo ambos coinciden en aceptar que ellos dos, junto con PUIG, se

habían reunido el 13 de febrero de 2006 en un bar cercano a la sede de SARA LEE. Consta, aportado por HENKEL, ticket de consumiciones realizadas en esa fecha y en el local señalado. Además de esta coincidencia en sus declaraciones, que habría sido suficiente para probar el acuerdo de cártel según la jurisprudencia en materia probatoria de la UE, está el hecho probado de que las tres redujeron los formatos en las fechas convenidas (HA.3.3.1), y que sus precios de tarifa para la práctica totalidad de las gamas de producto se mantuvieron invariables (HA.3.3.2). Por todo ello, este Consejo no puede aceptar las alegaciones de PUIG respecto a que tan sólo pudo haber un intercambio de información y no un cártel, y que el cambio de formato se habría producido igualmente sin la reunión, y que la reunión simplemente aceleró el cambio.

Por último, y aún admitiendo que los cambios de formato se hubieran podido finalmente implementar en momentos posteriores, la realidad acreditada en el expediente es que dichos cambios no se produjeron de forma autónoma, sino según un orden establecido por los integrantes del cártel. No duda este Consejo de que las partes, con el objeto de incrementar la rentabilidad de un sector que ellos consideran de baja rentabilidad, tuvieran incentivos para incrementar los precios de sus productos, tal y como muestran ciertos documentos que se recogen en el HA 4.1. Pero lo cierto es que lo que esos estudios revelan, además de esa intención previa al acuerdo del cártel, es que dicho incremento de precios debía realizarse de forma que se minimizase la percepción de dicho incremento por parte del consumidor, y que debería conseguirse el acuerdo de las marcas líderes en dicha reducción (ver HA 3.3.2, f2410). Por ello, en lugar de incrementar directamente el precio del envase, lo cual resultaría muy evidente para el consumidor, se plantea un incremento de precios camuflados, como sostiene la DI, reduciendo el tamaño del envase a la vez que se modifica ligeramente su diseño, alargando el envase o sus tapones para crear un efecto visual que diese la sensación de que se mantenía el tamaño.

Las declaraciones de SARA LEE también corroboran que la reunión determinó la decisión de reducir los envases (H.A. 3.2.1, f1566), tal y como su Director General declaraba ante las preguntas del inspector de competencia respecto a por qué no habían reducido antes sus envases, contestando que *“quizás necesitaban mayor seguridad y que una decisión como esta tiene siempre un coste en caso de equivocarse”*. Es decir, los contactos acreditados en el expediente entre competidores habrían servido, al menos, para reducir la incertidumbre entre competidores, y por tanto éstos dejaron de tomar sus decisiones de forma autónoma, eliminando la presión competitiva que mantiene el juego de la competencia efectiva en beneficio del mercado, y de los consumidores. Por todo ello las pretensiones de PUIG no pueden ser atendidas, pues en todo caso el hecho de que las empresas hubiesen estudiado previa y autónomamente la reducción de envases, podría ser valorado a la hora de analizar los efectos del acuerdo de cara a la imposición de una sanción, pero en ningún caso desvirtúan el hecho de que la conducta que tuvo lugar fue como consecuencia de un abandono de los comportamientos autónomos de los integrantes del cártel, dando paso a un aunamiento de sus voluntades para comportarse en el mercado con un parámetro común que redujo la competencia efectiva entre ellos, lo cual está prohibido en el artículo 1 de la LDC.

CUARTO.- Sobre la culpabilidad y la responsabilidad de la conducta ilícita

La DI considera que la conducta infractora es responsabilidad tanto de las filiales como de la matriz de cada una de las partes interesadas en el caso de HENKEL, SARA LEE y COLGATE. Igualmente en el caso de COLOMER y PUIG la responsabilidad recaería sobre THE COLOMER GROUP SPAIN, S.L. y PUIG BEAUTY & FASHION GROUP S.L.

La fundamentación de la DI para imputar no sólo a las filiales sino también a las matrices se basa en la doctrina comunitaria (*Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de junio de 2005, asunto T-71/03, Tokai Carbon and Others v Comisión Europea*) en virtud de la cual cuando una matriz controla su filial al 100% se le presupone que controla el comportamiento económico de la misma. Esta misma doctrina de la corresponsabilidad de la empresa dominante es la recogida en el artículo 8 de la Ley 16/1989 y ahora en el artículo 61.2 de la Ley 15/2007.

Esta regla de corresponsabilidad en materia de Derecho de la competencia, aunque también pueda tener influencia en sede de responsabilidad civil, tiene un carácter marcadamente administrativo sancionador y se configura como instrumento tendente a lograr el cumplimiento real de las prohibiciones de actos contrarios a las normas de defensa de la competencia, mediante el otorgamiento de relevancia jurídica a la unidad económica formada por entidades pertenecientes a un grupo. En concreto, la imputación de responsabilidad a la dominante es consecuencia de la regla de interpretación del Derecho de la competencia en virtud de la cual sus preceptos deben ser aplicados atendiendo a la realidad económica y no a la forma jurídica (STJCE de 14 de julio de 1972) y de la que establece que el sujeto destinatario de las normas de competencia en el caso ICI es la empresa y no la persona física o jurídica (STJCE 21 de febrero de 1973 en el caso Continental Can).

Los requisitos exigibles para la aplicación de la regla de la corresponsabilidad se resumen en que exista una posición de control de la dominada por la dominante y que el comportamiento económico de la dominada no sea independiente de la dominante. Se entiende por control la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre las decisiones de una empresa independientemente del medio usado para ello. Con respecto a la independencia, si bien el medio habitual de ejercicio de control consiste en impartir instrucciones, genéricas o específicas, a la controlada o dominada, la complejidad de la prueba de la existencia de instrucciones aboga por el establecimiento de otra serie de supuestos de hecho en los que se presumirá la existencia de ejercicio de control. En este caso le corresponderá a la dominante probar que la filial actúa fijando de forma autónoma su actuación en el mercado. La jurisprudencia comunitaria ya ha determinado cuales son esos supuestos hechos, y como cita la DI en su PR, en la STPI de 15 de junio de 2005, en el caso Tokai Carbón, entre otras se establece que cuando una filial es propiedad al 100% de su matriz, ésta sigue las directrices de su matriz, sin que sea necesario comprobar si ésta ha ejercido de hecho tal poder. En este mismo sentido se ha manifestado recientemente la jurisprudencia comunitaria en su pronunciamiento del 30 de abril de 2009, donde el TPI ha declarado expresamente: *“para imputar a una sociedad matriz los actos cometidos por su filial no es en absoluto necesario que la matriz haya participado directamente en los comportamientos imputados a su filial o haya tenido conocimiento de ellos. La circunstancia que permite*

que la Comisión considere a la sociedad matriz de un grupo de sociedades destinataria de la decisión por la que se imponen multas no es el hecho de que la matriz haya instado a su filial a participar en la infracción ni tampoco, a Fortiori, la participación de la propia matriz en dicha infracción, sino el hecho de que ambas constituyan una única empresa a efectos del artículo 81 CE. En el presente caso, la demandante se limita a afirmar que no tuvo conocimiento de las actividades de Itochu Hellas y niega haberlas apoyado activamente, pero no aporta la más mínima prueba de no haber ejercido una influencia decisiva en el comportamiento de Itochu Hellas ni tampoco pruebas de la autonomía de esta última.”

De esta jurisprudencia se deriva que la exigencia de control no implica que el ejercicio del control deba ser llevado a cabo por el sujeto que lo posee, bastará con que exista el control independientemente de que sea ejercitado por éste o por alguna de las entidades pertenecientes al grupo.

La praxis comunitaria aboga por declarar responsables solidariamente a una o varias de las sociedades que integran el grupo (STPI de 20 de marzo de 2002, considerando 66: *“En contra de lo que alegan las demandantes, no es preciso que la entidad económica calificada de «grupo» tenga personalidad jurídica propia. En efecto, en el contexto del Derecho de la competencia, debe entenderse que el concepto de empresa designa una unidad económica desde el punto de vista del objeto del acuerdo de que se trate, aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas (sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 1984, Hydrotherm, 170/83, Rec. p. 2999, apartado 11). Al no haber al frente del grupo una persona jurídica a la que, como responsable de la coordinación de la acción de éste, sea posible imputar las infracciones cometidas por sus diversas sociedades integrantes, la Comisión puede considerar responsables solidarias de todas las actuaciones del grupo a las sociedades que lo integraban, con el fin de evitar que la separación formal entre estas sociedades, resultado de su personalidad jurídica distinta, pudiese obstar a la constatación de la unidad de su comportamiento en el mercado a efectos de la aplicación de las normas sobre la competencia”*.

Todas las imputadas alegan contra esta doctrina, excepto HENKEL, quien además la corrobora dado que en su solicitud de clemencia incluye como beneficiarios de la misma a HENKEL IBÉRICA, S.A. y a su matriz HENKEL EGaA y a cualquiera de las demás empresas del grupo a las que se les pudiera atribuir alguna responsabilidad o bien que se les considerase parte integrante de la unidad económica a la que pertenece el solicitante. También en las declaraciones de su director general durante la inspección realizada reconoce HENKEL la jerarquía y dependencia de su matriz en la toma de decisiones.

En opinión de SARA LEE los hechos del PCH destruyen esa presunción, pues si bien no hay pruebas directas de la independencia de comportamiento, y exigirlas sería diabólico, sí hay indicios. Los indicios a los que se refiere son que en la reunión sólo estaba el Sr. [XXX] y que éste no participa en el Consejo de Administración de la Matriz, ni ocupa ningún cargo directivo de la misma y que la matriz no fue concedora del acuerdo tomado. Lo que la doctrina de la corresponsabilidad establece es precisamente responsabilidad, que no culpa, de aquellas empresas que tienen el control económico, y por tanto la capacidad de decidir qué actuaciones deben o no

seguir sus dominadas. Sólo constan en el expediente las declaraciones del director general de SARA LEE durante la inspección domiciliaria en las que declara a los inspectores de la DI que ellos tienen una mayor autonomía comparados con otras multinacionales, sin sustentar estas declaraciones en nada más. Esa supuesta mayor autonomía declarada pero no documentada, no desvirtúa, aun en caso de ser cierta, la responsabilidad de quien la domina y por ello, tiene la capacidad de poder imponer su comportamiento en el mercado.

Sobre el papel jugado por PUIG, se niega que los hechos relativos a la adopción del formato de 650 ml para los productos "Kinesia", "Lactovit" y "Heno de Pravia" a que se refiere el presente expediente fuesen llevados a cabo por la sociedad PUIG, S.L., ya que fueron sus filiales Antonio PUIG, S.A. ("Kinesia"), Myrurgia, S.A. ("Lactovit") y Perfumería Gal, S.A. ("Heno de Pravia"), quienes lo decidieron puesto que son las titulares, fabricantes y comercializadoras de cada uno de dichos productos, respectivamente. La fundamentación de la DI en la PR se basa en datos incorrectos, pues califica como "directiva de PUIG" a quien es "directiva de Myrurgia". Las tres marcas de PUIG compiten entre sí en el mercado y con todas las demás, y no actuaban bajo una misma dirección general hasta el año 2006, y las direcciones de marketing y comercial continuaron separadas hasta 2007. En julio de 2009, PUIG ha absorbido Myrurgia. Fue en 2005 cuando las tres sociedades aprobaron una estrategia común de reducción de formatos y de unificación de las bases (formulación química) para después añadir los ingredientes específicos de cada marca. Ello se produjo con la puesta en marcha de una única fábrica en Alcalá de Henares. Esta estrategia estaba prevista que comenzase en marzo de 2006, aunque hubo ciertos retrasos hasta junio-agosto de 2006, que fue cuando finalmente se produjeron los cambios.

El hecho de que la Directiva señalada no sea formalmente una directiva de PUIG sino de Myrurgia no le impidió a ésta hablar en la reunión del 1 de diciembre sobre las tres marcas que iban a reducir el formato, y el calendario de lanzamiento acordado en el acuerdo de cártel incluía las marcas de Heno de Pravia y de Kinesia, y no sólo la de Lactovit, habiendo sido dicho calendario acordado por la Sra. [XXX], es decir, una sola persona acordó políticas comerciales de las tres filiales. El 2006, la propia PUIG reconoce que unificaron las tres marcas bajo una sola dirección para la división de geles.

Sobre la imputación a PUIG S.L. en lugar de a las tres filiales, alega PUIG que el artículo 8 de la LDC 16 no atribuye la condición de sujeto infractor a las sociedades matrices; que no permite sustituir la culpabilidad de un agente por la de otro; y que no establece una solidaridad inequívoca.

En opinión del Consejo ningún imputado ha aportado prueba alguna de que las filiales son completamente autónomas en la toma de decisiones de la puesta en el mercado de nuevos productos, o de un cambio significativo en los precios. Sólo se cuentan con las declaraciones de sus directivos que dicen que informan a sus matrices sobre las decisiones a tomar en el Plan Anual de Actuaciones, y que ahí incluyen ya el cambio de formato, sin que necesariamente implique que conozcan que el mismo es consecuencia de un acuerdo. El Consejo se remite a la jurisprudencia señalada arriba y que los imputados podrían haber aportado pruebas como documentación que contenga reglas de funcionamiento interno, actas de los Comités de Dirección o Consejo de

Administración, etc. No entiende este Consejo, que la aportación de este tipo de pruebas pueda ser calificada por SARA LEE como pruebas diabólicas.

Además de no haber acreditado ninguna de ellas esa independencia de comportamiento, figuran en el HA. 5 distintos elementos que apoyan precisamente la doctrina de la corresponsabilidad. Así, HENKEL declara haber informado de la reunión con sus competidores a su matriz. PUIG declara que en realidad la DIVISIÓN PUIG ESPAÑA, S.L. engloba a ciertas divisiones de las tres empresas que comercializan las tres marcas objeto del acuerdo y reconoce que es precisamente la directiva que participó en las reuniones del cártel la responsable del negocio de las tres sociedades en relación con el negocio de geles de baño tanto de PUIG, como de MYRURGIA y de PERFUMERÍAS GAL. Además figuran actas de reuniones en dicho H.A.5 que demuestran que las estrategias de las tres sociedades se deciden conjuntamente. También en el caso de COLGATE, está acreditado que los aspectos importantes como son cambios de formato, el Director General de España reporta al Presidente de COLGATE ubicado en Ginebra.

En resumen, el Consejo no está, como alega PUIG, sustituyendo la culpabilidad de las filiales por la culpabilidad de las matrices, lo que hace es establecer la corresponsabilidad de las últimas sobre las actuaciones de sus filiales.

QUINTO.- Sobre la valoración realizada respecto a la conducta de COLGATE

La DI valora que la conducta de COLGATE constituye una infracción del artículo 1, pues si bien no está acreditada su presencia en la primera reunión, sí está acreditado su conocimiento del acuerdo y que basó sus decisiones posteriores en la información de dicho acuerdo. Además de las declaraciones de ambos solicitantes de clemencia, se basa la DI en el contenido de ciertos documentos encontrado en la investigación domiciliaria, en los cuales se demuestra que en un momento situado entre las dos reuniones celebradas, COLGATE discutió en el seno de su organización las posibilidades de seguir a PUIG en su estrategia y, manifestó sus dudas de que realmente PUIG fuera a hacer el cambio de estrategia. La DI considera que la duración de la participación de COLGATE en el cártel debe extenderse hasta el momento de las declaraciones de clemencia, pues el efecto se habría extendido hasta entonces.

Por el contrario COLGATE alega que no participó en las reuniones y que no conocía el contenido del acuerdo, y justifica que su conocimiento de los planes de PUIG fue fruto de la información que le proporcionaban sus clientes.

El Consejo coincide con la valoración realizada por la DI respecto a COLGATE, pues sí está acreditada la reunión de COLGATE con sus competidores, aunque las discrepancias de los dos declarantes sobre en cual de las dos reuniones estuvo, pues SARA LEE declara que estuvo en la del 1 de diciembre y HENKEL declara que estuvo en la del 13 de febrero, ha tenido el efecto de enturbiar su clara participación en el cártel. No hay que ignorar que los dos declarantes afirman su presencia física en alguna de ellas y no puede concluirse, como pretende COLGATE, que la no coincidencia de en cuál de ellas estuvo ha de llevar a que no estuvo en ninguna. Analizados todos los hechos del expediente, el Consejo valora que todos los indicios llevan a concluir que COLGATE estuvo presente en la primera de las reuniones, sin que exista otra explicación plausible para los hechos acreditados, y ello por las

siguientes razones. En primer lugar hay indicios de que COLGATE estuvo en contacto físico y telefónico con los demás integrantes del cártel, y está acreditado que en la primera es donde PUIG revela sus planes de reducir de 750 ml a 650 ml; tanto PUIG como SARA LEE declaran que uno de los asistentes a dicha reunión solicitó pruebas de que la reducción realmente se llevaría a cabo, y SARA LEE además declara que dicho asistente fue COLGATE. En segundo lugar está acreditada la existencia de una reunión interna de COLGATE en la que se reflejan tanto los planes de PUIG de reducir el envase, como la falta de confirmación de los mismos y que la fecha de dicha reunión interna es de 6 de febrero de 2006 (H.A. 6, f4102 y 6252), es decir posterior al 1 de diciembre pero anterior al 13 de febrero. En concreto, en el citado documento interno de COLGATE de 6 de febrero se expone la posible reducción de formatos y se dice, *“Se podría seguir a Lactovit en su cambio a un formato menor (no confirmado)”*. La frase anterior es la traducción aportada por COLGATE para la frase en inglés que consta en esa documentación *“Might be following”*. Sin embargo, la traducción más acertada para esa frase no es como aporta la propia COLGATE *“podríamos estar siguiendo”*, pues carece de sentido no saber si están o no siguiendo a alguien”, sino *“Podríamos seguir a Lactovit”*, es decir se plantean si reducir de 750 ml a 650 ml como parece que va hacer PUIG. El análisis de este documento evidencia las cuestiones siguientes: su fecha, 6 de febrero, es posterior a la reunión de 1 de diciembre de 2005 y anterior a la de 13 de febrero de 2006; revela que COLGATE sabe que PUIG tiene previsto reducir su formato de la marca LACTOVIT; y que COLGATE no tiene certeza, no tiene confirmado, que lo vaya a realizar. Todo ello lleva a concluir que COLGATE conocía la intención de PUIG de cambiar su estrategia comercial en lo referente a la marca LACTOVIT; que esa información fue discutida en el seno de COLGATE y valorada de cara a realizar ellos mismos una reducción de formato de su gel de ducha (SG); que la consideración de reducir el formato fue discutida, como mínimo, en un momento temporal entre las dos reuniones acreditadas, la de diciembre y la de febrero. Por tanto existe el elemento de causalidad.

COLGATE alega que la información la conocía a través de sus clientes. El Consejo no puede asumir la verosimilitud de esta afirmación de COLGATE, ya que la información difícilmente la podía haber obtenido COLGATE a través de clientes comunes con PUIG cuando en ese momento PUIG aún no había tomado el acuerdo formal de reducir el tamaño, por lo que siguiendo un razonamiento lógico no es verosímil que una decisión todavía no tomada por la empresa se la hubiesen comunicado a sus clientes. Es de destacar aquí la respuesta del director general de COLOMER (f1831) a la pregunta del inspector de la CNC durante la investigación domiciliaria sobre *“si a través de sus relaciones con los clientes (supermercados...) se accede a información sobre lo que van a lanzar al mercado los competidores en relación al cambio de formato”*. La respuesta fue que *“éstos no tienen incentivos a informarles, sobre todo si es de una reducción de formato”*. Por último señalar que la anotación entre paréntesis sobre la ausencia de confirmación es coherente con la exigencia de pruebas de reducción de formato que, según declaración de SARA LEE, COLGATE había solicitado a la representante de PUIG.

También alega COLGATE (f7122) que existían *“ciertos rumores en el mercado sobre la potencial decisión de PUIG de reducir formatos. Esta decisión no era desconocida en el mercado...”* como demostraría el correo electrónico entre empleados de PUIG (f 6215).

El Consejo, no puede aceptar tal conclusión de dicho correo, pues se trata de un correo entre empleados de la misma empresa que lo único que prueba es que PUIG, en octubre de 2005, ya estaba trabajando en la idea de reducir los formatos, pero ello no prueba que dichos planes fuesen públicos, ni tampoco COLGATE ha aportado prueba alguna de que dicha información fuese de dominio público. En concreto, lo que literalmente aparece en dicho correo en referencia a Kinesia es: *“Desde Trade se plantea que el Downsizing planteado para julio deberá retrasarse a septiembre porque no está suficientemente separado el lanzamiento en Marzo/abril y el downsizing en Julio”*. No alcanza a ver el Consejo como de esta afirmación puede concluirse como hace COLGATE que existían en el mercado ciertos rumores de que PUIG reduciría formatos, y mucho menos de que la reducción sería desde los actuales 750 ml a 650 ml, tal y como discutió COLGATE en su reunión interna de 6 de febrero.

Además de todo lo anterior está acreditado en el expediente un número significativo de las llamadas telefónicas realizadas en esos días entre HENKEL y COLGATE. Por todo ello, el Consejo considera acreditado que COLGATE conocía los planes de reducción de formato de sus competidores, que dicho conocimiento procedía de los contactos directos con sus competidores y que en ningún momento hizo pública su no participación en el acuerdo de reducir el formato estándar manteniendo el precio. El resto de miembros del cártel no fue consciente de que COLGATE no implementaría el acuerdo de reducir de 750 ml a 650 ml hasta que presenciaron que COLGATE no redujo el tamaño de sus envases de gel en octubre de 2006 como estaba acordado y que en noviembre de 2006 lanzó una agresiva campaña publicitaria con el objeto de llamar la atención de los consumidores respecto al mayor tamaño de sus envases respecto a otras marcas.

Alega también COLGATE que el lanzamiento de su campaña en noviembre de 2006 prueba que la información no la conocía de antemano, sino de la observación de la realidad. No ve el Consejo, habiendo argumentado previamente sobre el contenido del documento de 6 de febrero, como la campaña publicitaria puede probar lo que pretenden, pues esta campaña se lanza en mitad de los procesos de reducción, es decir, hasta el momento sólo PUIG y parcialmente SARA LEE había llevado a cabo la reducción. De hecho, difícilmente podría haberlo hecho antes sin que hubiese formatos reducidos, pues la campaña no se entendería, y además podría haber desincentivado la implementación del acuerdo ante la observancia que uno de los competidores estaba precisamente resaltando el tamaño como una variable competitiva, en cuyo caso no habría ganado nada.

COLGATE alega, en segundo lugar, y tras negar su participación en el cártel, sobre la existencia de una práctica concertada articulada a través del intercambio de información entre competidores. Sostiene que para que ese intercambio de información dé lugar a una práctica concertada es necesario, como dice el párrafo 23 en el que la DI cita la sentencia TJCE de 4 de junio de 2009 (T-Mobile), que la información intercambiada se utilice para “sustituir conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica”. Sin embargo la actitud de CP, lejos de generar cooperación con sus competidores lo que hizo fue exactamente lo contrario, mantener el formato, hacer la campaña de “el tamaño sí importa” y diversas acciones ante Autocontrol de la Publicidad (Asociación para la Autorregulación de Comunicación

Comercial). Además insiste en que la reacción de COLGATE no fue fruto de información alguna obtenida en reuniones sino una reacción a las reducciones de formato ya realizadas por sus competidores. PUIG redujo formatos en julio/agosto 2006 y SARA LEE en septiembre/octubre de 2006, mientras que la campaña de “el tamaño sí importa” y las actuaciones de Autocontrol son de noviembre de 2006.

Ya ha expresado el Consejo su valoración sobre la posibilidad de que COLGATE hubiese obtenido la información de la observación del mercado o de la aportación de clientes comunes. El hecho cierto de que COLGATE mantuvo contactos presenciales y telefónicos con los integrantes del cártel mucho antes de que éstos materializaran la reducción del formato, y que en esos contactos se revelaron mutuamente información comercial sensible como es la reducción de sus formatos con el mantenimiento de precios, y por tanto, no puede compartir este Consejo la alegación de COLGATE a este respecto.

Sobre el fondo de la alegación, no comparte el Consejo que deba hacerse una valoración de la información intercambiada de forma autónoma a la participación de COLGATE en el cártel, pues como se argumenta en el FD UNDECIMO estando acreditada la existencia de un cártel, los intercambios de información de quienes participan en el mismo no son conductas con autonomía propia, sino que son inherentes al cártel y como tal deben ser valoradas como una infracción única.

Todo lo anterior lleva a este Consejo a considerar acreditada la participación de COLGATE en el acuerdo de cártel objeto de la incoación del presente expediente, y por tanto comparte con la DI que debe ser declarada infractora del artículo 1 de la LDC.

SEXTO.- Sobre la duración de la conducta

La DI sostiene que “esta DI señala que la duración de la infracción debe considerarse desde diciembre de 2005, fecha en la que se iniciaron las negociaciones entre las empresas competidoras para alcanzar este acuerdo, trasladando desde la primera reunión información comercial sensible. Respecto a la finalización del cártel, éste viene dado por la duración de sus efectos en el mercado, considerando esta DI que éstos se mantuvieron, al menos, hasta la presentación de las solicitudes de clemencia el 28 de febrero de 2008 por Henkel y Sara Lee (pues al presentar dichas solicitudes debieron poner fin a su participación en el cártel en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 65.2 de la LDC), coincidiendo en el tiempo con la primera reducción significativa de los precios de los geles de baño y ducha realizada por Puig, el 1 de marzo de 2008”.

Varios imputados alegan la diferencia entre duración del acuerdo y efecto de la infracción. SARA LEE alega que la duración no es la que sostiene la DI porque como ya resolvió el TDC en la RTDC 306/91 éste calificó la reducción de formatos como “una práctica no duradera, carente de permanencia, que se agota en el momento de su realización”, y señala que “si en aquel acuerdo no hubo una declaración expresa de mantenimiento de precios es porque es inherente a este tipo de acuerdos, sin necesidad de expresarlo ni pactarlo.

Tampoco ha habido mecanismos de seguimiento ni de represalia por desviación. El Consejo encuentra que el tipo de acuerdo y su forma de implementación en el presente caso no pueden valorarse como algo puntual por las razones que a continuación se

aportan. Con esta distinción no se pretende sino reducir el tiempo imputable de infracción, con el objeto de reducir el importe de una eventual sanción. Nos encontramos ante un acuerdo de cártel cuyo objeto último es el incremento de precios camuflado bajo un cambio de formato, por lo que algunos han argumentado que no es sino cuando se materializa el cambio de formato, cuando debe empezarse el momento de la infracción porque sólo entonces se materializan los efectos. No comparte el Consejo dicha argumentación pues el incremento de precios es obviamente el efecto más visible y el más fácilmente cuantificable, pero el acuerdo de cártel tiene efectos desde la primera reunión, pues ya desde ese momento, en el que todos revelan sus estrategias comerciales (algo que supuestamente es información confidencial dada su categoría de información comercial sensible) desaparece la incertidumbre existente hasta ese momento, reduciendo o eliminándose consecuentemente cualquier incentivo que previamente hubiesen podido tener cualquiera de los asistentes a la reducción de precios. Por ejemplo, esa primera reunión tiene ya un efecto de supresión total de cualquier intención, por leve que esta fuese, de aumentar cuota de mercado a través, por ejemplo, de una guerra de precios. El correo referenciado en el HA 4.2. de fecha 1 de agosto de 2005 entre directivos de COLGATE en el que deciden mantener los precios “*contener la guerra*” evidencia que la situación anterior a la formación del cártel era competitiva, y que cabía la posibilidad de una guerra de precios en el mercado. Por tanto, desde esta perspectiva, ya desde el 1 de diciembre se puede valorar que el cártel tuvo sus efectos, no en un incremento de precios, pero sí en erradicar cualquier posibilidad de que alguien fuese a iniciar una guerra de precios. Por lo tanto, la información comercial intercambiada en la reunión de 1 de diciembre, por su propia naturaleza, reduce la incertidumbre que preside todo mercado en competencia y por tanto, dada su aptitud para alterar la presión competitiva de los operadores en ella presente, no cabe sino calificarla como una conducta que infringe el artículo 1 LDC por su objeto, sin que sea preciso llegar a constatar los efectos. Ahora bien, en el caso presente se produjeron nuevos contactos y reuniones entre los integrantes del cártel y finalmente tres de sus miembros implementaron en los términos acordados el acuerdo, es decir, en las fechas acordadas redujeron el tamaño acordado, y mantuvieron los precios del antiguo formato. La primera de las reducciones tuvo lugar en junio de 2006 y la última entre abril y junio de 2007 (HA.3.3.1).

Por todo ello el Consejo comparte la valoración realizada por la DI. Se trata de un acuerdo que formalmente suponía la reducción del formato, pero que al mantener el precio del formato invariable se convertía de facto en un acuerdo para incrementar sus precios respectivos en la misma proporción. Es decir, un incremento de precios manteniendo su estructura relativa de precios. Se acordaron las fechas puntuales respectivas de implementación de forma que dicha materialización durase un año, y si bien es cierto como argumentan algunos de los imputados que no hay prueba alguna de reuniones posteriores ni de mecanismos de vigilancia del cumplimiento del acuerdo propios de una infracción continuada en un cártel, los precios de tarifa mantuvieron su nivel (HA. 3.3.2) hasta que el 1 de marzo PUIG los redujo significativamente, coincidiendo con las dos solicitudes de exención de clemencia que requieren la cesación de la conducta.

Comparte el Consejo la apreciación de alguna de las alegaciones sobre que duración de la conducta y efecto de la infracción no tienen por qué coincidir, como no podía ser

de otra forma, pues es la LDC la que al regular los criterios a tener en cuenta para la determinación del importe de las sanciones diferencia entre alcance, duración y efecto. Es perfectamente posible que los efectos de una infracción se prolonguen en el tiempo incluso después de que la conducta haya cesado. De cara a establecer la duración de la infracción, necesitamos identificar alguna circunstancia que pueda ser valorada como prueba de la cesación de la conducta. Los criterios aplicables a la hora de valorar el abandono de la conducta por parte de los implicados deberán establecerse atendiendo a las características específicas de cada caso, pero siempre con el objeto de poder constatar la voluntad de abandono de la conducta y su cesación. En el caso presente, una forma de apreciar el abandono de la conducta, puede hacerse modificando los parámetros que resultaron acordados en el cártel y sobre las que se asienta la práctica que son el precio y tamaño del envase. Se ha acreditado que las tres (SARA LEE, HENKEL y PUIG) redujeron su envase a 650 ml y las tres mantuvieron su precio de tarifa en el mismo nivel. En el momento de incoación del expediente el envase se mantenía en los 650ml (parece que SARA LEE y HENKEL lo habrían reducido aún más a 600 ml en septiembre de 2008 y en mayo-junio de 2009, según consta en HA.3.3.1), por tanto esa variable no habría sido modificada por ninguna de las tres. En el caso de PUIG está acreditado que el 1 de marzo redujo sus precios de tarifa de forma significativa. En el caso de HENKEL y SARA LEE éstos optaron por denunciar la existencia del cártel el primer día de aplicación del programa de clemencia. La conjunción de estos dos elementos que coincidieron en el tiempo, reducción de precios de PUIG y doble denuncia del acuerdo de cártel, lleva al Consejo a valorar, en el caso presente, que el acuerdo mantenido por los tres integrantes aún activos en el cártel hasta esa fecha ha perdido su vigencia a partir del 1 de marzo de 2008.

Por lo que respecta a la duración de la conducta en el caso de COLGATE, la DI en la PR (§176) sostiene: *“Respecto de Colgate, que tuvo conocimiento del acuerdo si bien no llegó a ejecutar el acuerdo adoptado en los plazos indicados, llevando a cabo la reducción de sus formatos en junio de 2008, durante todo este período (desde la adopción del acuerdo hasta la efectiva reducción de sus formatos), ha quedado acreditado que planificó su política comercial teniendo en cuenta el conocimiento de dicho acuerdo, así como su efectiva implementación por las empresas participantes en el cártel, lo que redujo sensiblemente la incertidumbre que genera de manera natural la competencia. Por todo ello esta DI considera que, al menos, el citado plazo de duración del cártel es también aplicable a Colgate”.*

Por su parte, en sus alegaciones a la PR COLGATE sostiene que la base argumental de la DI para mantener la participación de COLGATE en el acuerdo es la de la doctrina “Aalborg” (STJCE, de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland/Comisión). Dicha doctrina está, efectivamente, recogida en la cita de la DI de dicha sentencia en la PR (§ 21) como sigue: *“A estos efectos, la doctrina y jurisprudencia consolidada establece claramente que basta el consentimiento tácito para valorar la participación de una empresa en un cártel y considerar a dicha empresa autora de una infracción de las normas de defensa de la competencia:*

“(…) basta con que la Comisión demuestre que la empresa afectada ha participado en reuniones en las que se han concluido acuerdos contrarios a la competencia sin haberse opuesto expresamente para probar satisfactoriamente la

participación de dicha empresa en el cártel. Cuando la participación en tales reuniones ha quedado acreditada, incumbe a esta empresa aportar los indicios apropiados para demostrar que su participación en las reuniones no estaba guiada en absoluto por un espíritu contrario a la competencia, probando que informó a sus competidores de que ella participaba en las reuniones con unas intenciones diferentes a las suyas (véase la sentencia del 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 81)."

La razón que subyace en estas sentencias la hace explícita la sentencia Aalborg, "La razón que subyace en este principio jurídico es que, al haber participado en la reunión sin distanciarse públicamente de su contenido, la empresa ha dado a entender a los demás participantes que suscribía su resultado y que se atendería a éste." (§ 82). Sobre esta base COLGATE argumenta que en caso de que pudiese usarse esta doctrina para presumir la participación de COLGATE en el cártel, cosa que niega, el distanciamiento público que permite rebatir la presunción de participación en un cártel es cualquier actitud que evite hacer creer a los interlocutores que se está de acuerdo con ellos, y eso es lo que hizo COLGATE al no incorporarse al cártel.

El Consejo ya ha fundamentado la participación de COLGATE en el cártel desde la primera reunión, precisamente por su ausencia de pronunciamiento en contra del mismo que contribuyó a consolidar la continuidad del mismo hasta su implementación durante 2006 y 2007. No obstante, en cuanto a la duración de la infracción por parte de COLGATE, sí valora el Consejo que en noviembre de 2006 COLGATE tuvo un comportamiento que supone un distanciamiento público del acuerdo de cártel, no sólo por no haber reducido el tamaño del envase en octubre de 2006 como declara SARA LEE que fue lo acordado, sino porque puso en marcha una campaña publicitaria para destacar que mantenía el tamaño de sus envases inalterado mientras otros competidores estaban reduciendo los suyos. En el mismo sentido cabe valorar las denuncias de la política comercial de SARA LEE ante el Jurado de Autocontrol de la Publicidad. Estos dos hechos son, a criterio del Consejo, valorables como una forma de distanciamiento público en el sentido de la doctrina Aalborg, y consiguientemente la duración del cártel para COLGATE se estima que abarca desde el 1 de diciembre de 2005 hasta noviembre de 2006, momento en que realizó actuaciones que pusieron fin a su participación en el cártel.

SÉPTIMO.- Sobre quien convocó la reunión

En las declaraciones realizadas por SARA LEE y HENKEL en sus respectivas solicitudes de aplicación del programa de clemencia, ambas señalan a PUIG como la empresa que tomó la iniciativa de convocar la reunión, aunque hay ciertas contradicciones en cuanto quien convocó a quien. HENKEL dice haber sido convocado por PUIG, mientras que SARA LEE declara haber sido él quien convocó telefónicamente a HENKEL. HENKEL reconoce haber convocado a COLGATE y a COLOMER (HA3).

En la investigación domiciliaria se obtuvo copia de la agenda de la secretaria del director general de HENKEL en la que constan anotados los nombres y datos de contacto de los implicados en el cártel, junto con fechas probables de reuniones. Sobre

la prueba recabada en la inspección domiciliaria cabría deducir que la convocatoria formal fue organizada por HENKEL, tal y como alega PUIG, lo cual no es contradictorio con que la iniciativa fuese de PUIG. Según la versión de SARA LEE, PUIG le habría sugerido organizar una reunión y éste se lo habría transmitido a HENKEL, quien finalmente habría convocado a COLGATE y a COLOMER. Finalmente consta acreditado que la reunión se celebró en la sede de la filial de SARA LEE que alberga el negocio de panadería y bollería de la marca BIMBO. Con estos hechos el Consejo no puede establecer una responsabilidad ni única ni principal a ninguno de los tres, pues si bien a PUIG se le puede atribuir la iniciativa de informar de sus intenciones y sugerirle a SARA LEE que convocase una reunión, es HENKEL quien convocó al resto de participantes y es SARA LEE quien actuó de anfitriona, y por tanto el comportamiento tanto de HENKEL como de SARA LEE acreditado les hace merecedores de la misma responsabilidad en que la reunión finalmente se celebre. No cabe pues apreciar una mayor responsabilidad en uno de ellos frente a los demás.

OCTAVO.- Sobre la supuesta falta de concreción de la conducta imputada

PUIG alega que ni el PCH ni la PR concretan la conducta, pues alternativamente hablan de incremento, mantenimiento y fijación de precios. Sólo los solicitantes del programa de clemencia declaran que se trató de un “aumento concertado de los precios de venta de los geles” (HENKEL) o “*una acción conjunta consistente en reducir el formato de sus geles de baño y mantener su precio de venta*” (SARA LEE). Sin embargo, los datos empíricos muestran que no existió pacto de precios. La DI sólo se basa en declaraciones y en tarifas de precios. Se aportan gráficos sobre el nivel de precios de tarifa y de cesión de los productos de PUIG, desde enero 2006 a marzo 2009. Con ellos, PUIG pretende demostrar que si bien los precios de tarifa se mostraron invariantes tras la reducción de formato, los precios de cesión fueron muy inferiores a los de tarifa.

El Consejo no comparte esa supuesta confusión argumentada por PUIG. Está claro que el acuerdo era reducir el formato manteniendo los precios por unidad de envase, no por unidad de producto. Es obvio que vender menos cantidad de producto al mismo precio supone un incremento de precios, y también es obvio que vender al mismo precio dos formatos de distinta capacidad es mantener el precio por envase al mismo nivel. Por último fijar precios no significa necesariamente igualdad de precios, como pretende PUIG, esto es, no significa que todos vayan a vender sus productos al mismo precio. El acuerdo supone fijar precios en el sentido que todos acordaron un precio fijo por unidad de envase, precio que suponía mantener el precio por envase, y que dado que el envase era de inferior capacidad, ello implica irremediamente un incremento de los precios. Por tanto, no observa este Consejo contradicción alguna, dadas las características del contexto de la conducta analizada, entre los distintos términos empleados a lo largo de la PR realizada por la DI que permitan fundamentar la alegación realizada por PUIG. En este mismo sentido cabe citar las declaraciones de los dos solicitantes de clemencia en las que declaran que se trató de un “aumento concertado de los precios de venta de los geles” (HENKEL) o “*una acción conjunta consistente en reducir el formato de sus geles de baño y mantener su precio de venta*” (SARA LEE).

Tampoco concluye la DI que el acuerdo fuese el de acometer incrementos sucesivos de precio, sino que se acordó un incremento de precios que se materializó reduciendo el tamaño del envase y manteniendo su precio anterior (§ 51 PR). Lo cual es además compartido por SARA LEE (§ 55 de sus alegaciones al PCH). La DI es clara en sus conclusiones, hubo un incremento de precios puntual que se implementó en el momento de la reducción de los formatos, y que se mantuvo estable al menos hasta 2008, pues no es hasta marzo de 2008 cuando PUIG comenzó la reducción de los precios de tarifa de los productos objeto de este expediente.

NOVENO.- Sobre la falta de efecto de estas conductas

Todos los imputados en el presente expediente alegan sobre la falta de efectos en el mercado de esta conducta o sobre la escasa dimensión de los mismos. Estamos ante una conducta cuyo objeto es restrictivo de la competencia, por lo que la valoración de efectos de la conducta debe tener su reflejo exclusivamente en el capítulo del cálculo del importe de la sanción, pero en ningún caso como prueba para la acreditación de la conducta, cuya ilicitud ha sido ya determinada por otros hechos.

Para seguir las alegaciones a esta supuesta ausencia de efectos es importante comenzar por establecer los diferentes conceptos que se han empleado a lo largo de este expediente respecto a dos variables relevantes, qué precio, y qué unidad de medida deben ser tomadas en consideración, y consiguientemente cual habría sido el impacto de la conducta.

– Respecto a la unidad de medida

Respecto a la unidad de medida, la DI valora que para saber el efecto final sobre el precio, lo relevante debe ser éste por cada unidad de medida, bien sea el litro (l) o el mililitro (ml), y no el envase, en definitiva, €/l ó €/ml. El Consejo comparte plenamente tal valoración, pues lo que compran los consumidores y venden las empresas afectadas en este expediente no son envases de gel, sino gel, y por lo tanto lo que interesa es el precio final del producto, y no hay otra forma de conocerlo más que referenciándolo a una cantidad, en este caso l ó ml.

PUIG aporta en sus alegaciones un informe solicitado a una consultora económica en la que, basándose en ciertos datos empíricos proporcionados a la consultora por PUIG respecto a precios de cesión y tarifa, no estaría acreditado que el precio por unidad de medida (litro o mililitro) del precio de cesión se hubiese incrementado como consecuencia del acuerdo. Mas allá de que los resultados del informe de consultoría encargado por PUIG no pueden ser valorados como prueba, sino como un informe de parte, tampoco aprecia el Consejo, tras su consideración, que los mismos acrediten lo que la parte pretende, pues no sólo se centran tan solo en una muestra de los productos afectados sino que aun tomando los precios de cesión, lo que se observan son tanto períodos de notables incrementos como otros de ligeras reducciones a lo largo de los períodos analizados.

– Respecto al impacto y su incremento del 15.38 % calculado por la DI

SARA LEE alega que redujo sus precios de tarifa, aunque no fuera suficiente para compensar el 15.38 % declarado por la DI y mantuvo el extrallenado de sus formatos de 650 ml durante prácticamente todo el tiempo posterior al acuerdo, por lo que

prácticamente estuvo vendiendo 750 ml. Estos dos últimos hechos habrían tenido, en su opinión, el efecto de la anulación de cualquier posible incremento de precios. Las reacciones posteriores de las empresas ante la reacción del mercado fueron individuales, de forma que SARA LEE, ante la pérdida de cuota reaccionó procediendo al extrallenado y reduciendo precios mientras que PUIG no hizo nada y COLGATE mantuvo el formato y bajó precios.

Por un lado consta acreditado en el expediente, tanto en declaraciones de los solicitantes de clemencia, como en presentaciones obtenidas en inspecciones domiciliarias que la estrategia era la de reducir la capacidad del envase de gel desde los 750 ml a los 650 ml sin reducir el precio del envase, es decir, se pretendía mantener el valor nominal en €/envase, no el valor nominal por unidad de producto, es decir, no se pretende mantener el precio en €/ml. Por lo tanto, obviamente se produce un incremento del precio por unidad de producto en exactamente la cantidad estimada por la DI, es decir un incremento del 15.38% en el precio medido en €/ml. (Cuadros 6, 7 y 8 del HA. 3.3.2). No son admisibles las alegaciones realizadas de que al no tener en cuenta la variación de otras variables, como los costes de cambio de formato, de comercialización, etc., ese incremento sería menor. Dada la reducción del tamaño y el mantenimiento del precio por envase acordados, el resultado sobre el precio final en unidad de producto, es decir en mililitros, es irrefutablemente de un 15.38%. Cuestión distinta es que si hay variación en los costes, debida por ejemplo a que con la reducción del envase se modificaron las formulas base, o si afectó a cualquier otro coste de fabricaron, en cuyo caso el beneficio final, medido como Ingresos menos gastos, puede no ser necesariamente del 15.38%, pero no es esa la cuestión que aquí se trata. Pues además de que no se ha aportado prueba alguna de los costes en los que se pudo incurrir por realizar este cambio de formato, desde el punto de vista de medición de efectos lo que importa es el incremento de precios que sufre el mercado y que paga el consumidor final, y éste no es otro que el 15.38 %.

Los gráficos aportados por PUIG no hacen sino corroborar lo ya acreditado en el expediente, y es que los precios de tarifa se incrementaron en ese 15.38%.

– *Respecto a la variable precios de cesión y precios de tarifa.*

Respecto a que variable es la relevante, se discute si ésta debe ser si el precio de tarifa o el precio de cesión. En el HA.3.3.1 se describe el contenido de cada uno de ellos.

Tanto PUIG como HENKEL, e incluso SARA LEE, argumentan que los precios de tarifa no son los que deben tenerse en cuenta, sino los precios de cesión, y que dado que hubo aplicación de descuentos, promociones y otra serie de elementos, no es cierto que los precios se mantuvieran en el mismo nivel.

El Consejo no comparte las alegaciones presentadas respecto que lo relevante debe ser el precio de cesión para determinar si la conducta ha tenido o no efectos, pues el hecho de que se apliquen descuentos sobre el precio de tarifa no quiere decir que finalmente se venda el producto al mismo precio por milímetro que antes del acuerdo, pues el precio de tarifa que figura en los listados es por envase, y la negociación con los clientes sobre descuentos por cantidades, rápeles, etc, antes y después del acuerdo no tiene porque haberse visto modificada, es decir, se sigue haciendo por envases adquiridos. Ello hace que si el precio de tarifa antes del acuerdo y después no

varía, el precio final de cesión, antes y después, tampoco varíe como consecuencia del acuerdo, pues éste no afecta a los criterios de descuento que cada fabricante aplica a cada uno de sus distribuidores. Si los criterios de descuento se mantienen constantes y el precio sobre el que se aplican se mantiene constante, evidentemente los precios de cesión serán los mismos con y sin cártel. Cuestión distinta sería si se hubiesen cambiado los criterios de descuento y si éstos se hubiesen reflejado no sólo en los precios de cesión, sino en los de venta al público, algo que no ha sido ni alegado ni acreditado. Por tanto el precio al consumidor final por envase se mantendrá en el mismo nivel, y dado que dicho envase contiene un 15.38% menos de producto, la inmediata es que el precio ha subido en la misma proporción.

Las diferencias entre precio de tarifa y precio de cesión aportadas por PUIG permiten concluir que éstas son del orden de un 120% en Kinesia; un 80-90% en Lactovit; y un 100% en Heno de Pravia. Estos márgenes tan elevados sugieren que la diferencia entre precio de tarifa y precio de cesión no responde sólo a descuentos, sino a que el precio de tarifa no es realmente el precio de venta al distribuidor, sino que operaría como un precio de referencia de PVP y que sobre él se calcula el precio de cesión que es el precio de venta al minorista, obtenido deduciendo de ese precio de tarifa (PVP recomendado) el margen comercial (alrededor de un 100%). De hecho, la información aportada por los imputados y referenciada en los cuadros 6, 7 y 8, corrobora esta presunción, pues como puede observarse, HENKEL aporta sus datos bajo las denominaciones Precio de Tarifa y Precio de Venta al Público. Y es precisamente sobre el PVP sobre el que se aprecia el incremento del 15.38%, cuando en los demás ese incremento se observa en el denominado precio de tarifa.

Por lo tanto el Consejo, considera que los precios denominados mayoritariamente por los fabricantes de gel "precios de tarifa", y que son el punto de partida para la negociación con sus clientes del precio final que éstos finalmente pagarán, el denominado "precio de cesión", experimentaron un incremento del 15.38%, tal y como muestran las cifras sombreadas de los cuadros 6, 7, y 8 del HA 3.3.2.

DÉCIMO. Sobre la validez de las declaraciones realizadas por los solicitantes de clemencia

Sobre el programa de Clemencia PUIG cuestiona los efectos no previstos del programa de clemencia, y alega que las afirmaciones de las empresas contenidas en las solicitudes de clemencia no constituyen prueba alguna; que sólo las declaraciones "testificales" de los directivos pueden constituir prueba en sentido jurídico, si cumplen con los requisitos materiales para ello y en particular, si han sido practicadas con observancia del principio de contradicción; que las declaraciones en que se basa la DI han sido prestadas por testimonios afectados por parcialidad manifiesta y sujetos a las causas de tacha previstas en el artículo 377 2º y 3º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y que sólo a las declaraciones de los funcionarios públicos se les concede presunción de veracidad y aún sólo respecto de "los hechos comprobados directamente" por el funcionario (artículo 137.3 Ley 30/92 y Sentencia del TC 76/1990); que las imputaciones de la Propuesta de Resolución se basan casi exclusivamente –si no exclusivamente- en las declaraciones de los Sres. [XXX] (y singularmente en las del Sr. [XXX]), y que no hay prácticamente prueba documental en el presente y que existen en las declaraciones numerosas contradicciones. Valora que la jurisprudencia

comunitaria también alerta de la necesidad de actuar con cautela a la hora de valorar las declaraciones de los solicitantes de clemencia, para lo que cita la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de octubre de 2004 (caso T-44/02), en la que el TPI ha determinado que: *“La interpretación del acta de la reunión [B] avanzada por la Comisión como prueba de la existencia de un acuerdo sobre las modalidades de facturación de los servicios de cambio ha sido discutida en el transcurso del procedimiento administrativo por los participantes a la reunión del 15 de octubre de 1997 (considerando 112 de la decisión atacada). Por consiguiente, el acta de la reunión [B] no puede, sin ser apuntalado por otros elementos, ser considerado como constituyendo una prueba irrefutable de la existencia de un acuerdo sobre este punto.”* Y también la más reciente Sentencia del mismo Tribunal de fecha de 26 de abril de 2007, (caso T-109/02), reitera que: *“No obstante, según la jurisprudencia de Tribunal de Primera Instancia, la declaración de una empresa acusada de haber participado en una práctica colusoria cuya exactitud niegan varias de las demás empresas acusadas no puede considerarse una prueba suficiente de la existencia de una infracción cometida por estas últimas si no está respaldada por otras pruebas (Sentencia JFE Engineering/Comisión, citada en el apartado 155 supra, apartado 219; véase también, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de mayo de 1998, Enso-Gutzeit/Comisión, T-337/94, Rec. p. 11-1571, apartado 91).”* Sigue en sus alegaciones PUIG diciendo que: *“Y, por otra parte, la pretensión de la DI topa con un obstáculo lógico insalvable: que las declaraciones de los solicitantes de clemencia están plagadas de contradicciones. Fueron necesarias hasta tres declaraciones del Sr. [XXX] y dos del Sr. [XXX] en el procedimiento de clemencia para ver si “cuadraban” los hechos y aún así no resultó posible: no pudieron tan siquiera coincidir en si COLGATE estuvo presente en la reunión del 1 de diciembre de 2005 o si la reunión del 13 de febrero de 2006 entre HENKEL, SARA LEE, PUIG, COLGATE y COLOMER realmente se acabó celebrando.”*

Sobre el valor que ha de otorgarse a determinadas declaraciones realizadas durante la instrucción de un procedimiento de aplicación de las normas comunitarias de defensa de la competencia, el TJUE ha establecido jurisprudencia en la Sentencia de 25 de enero de 2007, en los asuntos acumulados C-403/04P y C-405/04P, *Sumitomo Metal Industries Ltd. y Nippon Steel Corp. c. Comisión de las Comunidades Europeas* (“asunto Sumitomo”).

Esta sentencia confirma las conclusiones alcanzadas por el TG en su sentencia de 8 de julio de 2004 sobre “el valor probatorio particularmente alto” que reconoció a las declaraciones de un directivo de una de las empresas participantes en el cártel, señalando lo siguiente:

“«219. [...] según la jurisprudencia del Tribunal de Primera Instancia, en el caso de que una empresa acusada de haber participado en una práctica colusoria formule una declaración cuya exactitud niegan varias de las demás empresas acusadas, dicha declaración no puede considerarse una prueba suficiente de la existencia de una infracción cometida por estas últimas si no está respaldada por otras pruebas [...]. Es preciso concluir por tanto que, para demostrar la existencia de la infracción contemplada en el artículo 1 de

la Decisión impugnada, las declaraciones del Sr. [XXX], pese a su fiabilidad, deben ser corroboradas por otras pruebas.

220. No obstante, procede considerar que, dada la fiabilidad de las declaraciones del Sr. [XXX], el grado de corroboración necesario en el presente asunto, tanto en términos de precisión como de intensidad, es menor de lo que lo sería si tales declaraciones no fueran particularmente dignas de crédito. Así pues, es preciso afirmar que, si se llegara a la conclusión de que un conjunto de indicios concordantes permite corroborar la existencia y ciertos aspectos específicos del acuerdo de reparto de los mercados descrito por el Sr. [XXX] y mencionado en el artículo 1 de la Decisión impugnada, en tal caso las declaraciones de este último podrían bastar por sí solas para demostrar otros puntos de la Decisión impugnada, conforme a la regla deducida de la sentencia [Cimenteries CBR y otros/Comisión, antes citada] (apartado 1838), [...]. Además, en la medida en que un documento no contradiga manifiestamente las declaraciones del Sr. [XXX] sobre la existencia o el contenido esencial del acuerdo de reparto de los mercados, basta con que dicho documento atestigüe aspectos significativos del acuerdo descrito por aquél para que quepa atribuirle un cierto valor como medio de corroboración en el marco del conjunto de pruebas de cargo [...].»

“335. Atendiendo a estas circunstancias, procede considerar que el Sr. [XXX] ha dicho indudablemente la verdad en sus declaraciones y que, por lo tanto, dichas declaraciones constituyen una prueba suficiente para acreditar que el acuerdo de reparto de los mercados nacionales de los miembros del Club Europa-Japón se aplicaba no sólo a los tubos OCTG estándar, como lo acreditan varias otras pruebas, sino también a los tubos de transporte “proyecto”. En efecto, no existe razón alguna para creer que el [XXX], que tenía un conocimiento directo de los hechos, haya formulado afirmaciones inexactas en lo que respecta a los tubos de transporte, mientras que otras pruebas corroboran sus afirmaciones sobre la existencia del acuerdo y su aplicación a los tubos OCTG estándar.”

Sobre esta argumentación del TG, el TJUE añade que (§ 73):

“73. Contrariamente a lo que afirma Nippon Steel, de estos pasajes de la sentencia recurrida resulta que el Tribunal de Primera Instancia llevó a cabo un control jurisdiccional pleno de la veracidad de los hechos que la Comisión había considerado probados. Además, ponderó las discordancias y las concordancias entre las declaraciones del Sr. [XXX] y las del Sr. [XXX] y concluyó acertadamente que las declaraciones del Sr. [XXX] corroboraban las del Sr. [XXX] en cuanto a la existencia de la infracción contemplada en el artículo 1 de la Decisión impugnada.

74. Por lo demás, no cabe reprochar al Tribunal de Primera Instancia que hubiera exigido un grado de corroboración demasiado bajo. A este respecto,

basta señalar que el razonamiento antes expuesto del Tribunal de Primera Instancia no contraviene, en absoluto, los criterios aplicables en materia de carga y aportación de la prueba, según se definen en los apartados 42 a 48 y 51 de la presente sentencia.”

Por último, conviene constatar que, ante las críticas sobre el hecho de que las declaraciones del Sr. [XXX] se realizaran en el marco de la aplicación del programa de clemencia (lo que supuestamente implicaría un riesgo de veracidad), el TJUE no realiza ninguna observación al respecto.

Sobre la primera parte de las alegaciones, esto es, sobre otros efectos del programa de clemencia y la parcialidad manifiesta de los participantes en el programa, éstas constituyen meros juicios de valor de su autor, por lo que no es materia de contestación por parte del Consejo.

Sobre la validez que debe dársele a estas declaraciones, basta señalar la jurisprudencia citada. Respecto a que las imputaciones se hayan basado sólo en las declaraciones verbales, especialmente en las del señor [XXX], que no hay pruebas documentales y que las declaraciones son contradictorias este Consejo no puede estar en mayor desacuerdo. Es cierto que existen ciertas contradicciones entre las declaraciones de ambos solicitantes de clemencia, pero ni la DI ni el Consejo ha considerado acreditado un solo hecho de los que adolecen de contradicción, a no ser que una prueba documental u otro medio probatorio avalase alguna de las cuestiones objeto de discrepancia entre ellos.

Las discrepancias se centran en si COLGATE estuvo en la primera o en la segunda reunión, en si la segunda reunión de 13 de febrero de 2006 celebrada en la sede de SARA LEE tuvo o no lugar, y en que momento COLOMER comunicó públicamente su intención de no reducir el tamaño de sus formatos. Ninguna de estas tres cuestiones han sido acreditadas, y la imputación no se ha basado en ninguna de estas tres cuestiones. La imputación se basa en que el 1 de diciembre de 2005 se celebró una primera reunión entre al menos SARA LEE, HENKEL, PUIG y COLOMER y que en la misma se habló de reducir los envases de 750 ml a 650 ml manteniendo el precio del envase en el mismo nivel, lo cual ha sido admitido por los cuatro; que a juzgar por la documentación encontrada en la sede de COLGATE, el 8 de febrero de 2006 COLGATE sabía el contenido de la reunión; que los demás miembros del cártel no supieron que COLGATE no implementaría la reducción de tamaños hasta al menos octubre de 2006; que el 13 de febrero de 2006 SARA LEE, PUIG y HENKEL se reunieron en un establecimiento público cercano a la sede de SARA LEE de BIMBO; que estos tres redujeron efectivamente el tamaño de sus envases de gel de 750 ml a 650 ml en las fechas acordadas y que mantuvieron invariantes los precios de tarifa; que HENKEL y SARA LEE presentaron solicitud de clemencia el 28 de febrero de 2008; y que PUIG comenzó a reducir sus precios de tarifa el día 1 de marzo de 2008. Todo lo anterior está acreditado en el expediente sin contradicción alguna. Por tanto, el Consejo rechaza todas y cada una de las alegaciones de PUIG a este respecto

DECIMOPRIMERO.-Sobre la valoración realizada respecto a la conducta de COLOMER

LA DI considera en el PCH (§ 158 y 159) que si bien *“Colomer tuvo conocimiento tanto del acuerdo adoptado.... como del calendario fijado para su implantación, comunicó a las demás empresas participantes en dicho acuerdo su intención de no implementar éste”* y por lo tanto considera que COLOMER no implementó el citado acuerdo.

Y consecuentemente con estas valoraciones en la PR la DI propone que *“se proceda al archivo de las actuaciones contra THE COLOMER GROUP SPAIN, S.L. (COLOMER), por no haber quedado acreditada la comisión de la infracción analizada en este expediente por dicha empresa.”*

En sus alegaciones a la PR, COLOMER comparte plenamente y no tiene nada más que añadir a la conclusión alcanzada por la DI, aunque señala dos discrepancias que subsisten entre COLOMER y la DI y que se centran en el supuesto conocimiento que COLOMER tenía del acuerdo adoptado por sus competidores y en la participación de COLOMER en la supuesta reunión de 13 de febrero de 2006.

Repite COLOMER las misma alegaciones a la PR que ya hizo al PCH y que han sido ampliamente contestadas por la DI.

Respecto a su participación en la reunión de 13 de febrero de 2006 este Consejo considera que con la información obrante en el presente expediente no ha quedado, en efecto, acreditada la presencia de COLOMER en dicha reunión, y por tanto nada tienen que contestar a ello.

Con respecto a su insistencia en que tampoco era conocedor del acuerdo analizado en este expediente, este Consejo discrepa totalmente de COLOMER y comparte con la DI sus argumentos expuestos en los párrafos 84 a 88, en los que considera acreditada la presencia de COLOMER en la primera reunión, que tenía conocimiento de los términos del acuerdo y que en algún momento comunicó a uno de los miembros del cártel no intención de no participar en el mismo, pues tal y como dice COLOMER en sus alegaciones (§ 88 del PCH):

“(...) esta parte no tiene inconveniente en confirmar que el Sr. [XXX], Director General de Colomer, asistió a una reunión que tuvo lugar el día 1 de diciembre de 2005.

(...) En dicha reunión diversos asistentes comentaron la posibilidad de reducir los tamaños de algunos de sus geles.

Durante la reunión el Sr. [XXX] no hizo manifestación alguna al respecto.

Y, poco después, el Sr. [XXX] comunicó al Sr. [XXX] que COLOMER no iba a participar en ninguna de las prácticas o acuerdos mencionados durante la reunión”.

Respecto a la valoración a realizar sobre la conducta de COLOMER este Consejo aprecia dos elementos a enjuiciar: sí hay indicios de que su conducta es equiparable a la de los demás y formaría por tanto parte del cártel, o si al menos, en caso de que no sea así, existen indicios de que haya participado en un intercambio de información que por su naturaleza y contexto puede constituir una infracción por objeto.

Sobre su participación en el cártel

Los hechos acreditados en el expediente revelan que el director general de COLOMER, alto representante de dicha empresa, fue convocado y acudió, el 1 de diciembre de 2005 a una reunión con representantes de su mismo nivel de las empresas más relevantes con las que compete en el mercado, es decir, con sus rivales comerciales más importantes. Esta reunión ni siquiera fue convocada en la sede propia de cualquiera de ellos, sino en la sede de una filial del grupo al que pertenecía uno de los participantes, lo que no deja de darle un cierto tono de intento de “nocturnidad”. Se celebró en la sede de BIMBO del grupo SARA LEE, lo cual es un indicio más a favor de la doctrina de la corresponsabilidad. En estas circunstancias, es de dudosa credibilidad que tan alto responsable de una empresa acepte acudir a esta reunión sin preguntar siquiera por el contenido de la misma, y de ser cierto ello sería cuando menos revelador de una notable falta de diligencia exigible a un directivo del citado nivel. Ahora bien, estrictamente desde el punto de vista de competencia lo descrito anteriormente constituye, a juicio de este Consejo indicios de infracción, por lo que hay que determinar si estos indicios merecen ser calificados o no como infracción de las normas de competencia. La DI razona que COLOMER, conociendo el acuerdo comunicó a las demás empresas partícipes del acuerdo su intención de no implementar éste y que de hecho está acreditado que no lo implementó, pues nunca redujo el tamaño de los formatos de 750 ml.

La jurisprudencia comunitaria ha establecido en STJUE de 7 de enero de 2004 (asuntos acumulados 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, en adelante sentencia Aalborg) y recogido también en al menos otras dos sentencias de 28 de junio de 2005 (C-189/02 P, C-202/02 , C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02P, sentencia Dansk Rørindustri A/S) y de 19 de marzo de 2009 (C-510/06 P, sentencia Archer Daniels Midland Co) que para que a una empresa que ha participado en la reunión del cártel no le sea imputable una conducta anticompetitiva se requiere la existencia de un distanciamiento público del acuerdo de cártel. En la sentencia Aalborg se establece que (§ 81): *“Según una jurisprudencia reiterada, basta con que la Comisión demuestre que la empresa afectada ha participado en reuniones en las que se han concluido acuerdos contrarios a la competencia sin haberse opuesto expresamente para probar satisfactoriamente la participación de dicha empresa en el cártel. Cuando la participación en tales reuniones ha quedado acreditada, incumbe a esta empresa aportar los indicios apropiados para demostrar que su participación en las reuniones no estaba guiada en absoluto por un espíritu contrario a la competencia, probando que informó a sus competidores de que ella participaba en las reuniones con unas intenciones diferentes a las suyas (véanse las sentencias de 8 de julio de 1999, Hüls/Comisión, C-199/92 P, Rec. p. I-4287, apartado 155, y Comisión/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, Rec. p. I-4125, apartado 96)”*.

En este sentido, continúa señalando la sentencia citada (§ 84) que, con independencia de que aplique o no los resultados de la reunión, *“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, por tanto, la responsabilidad de la empresa en el*

marco de un acuerdo único.” Y en el § 86 sostiene que “el hecho de que una empresa no haya participado en todos los elementos constitutivos de una práctica colusoria o que haya desempeñado un papel menor en los aspectos en los que haya participado no es relevante al imputarle una infracción. Sólo procede tomar en consideración dichos elementos cuando se valore la gravedad de la infracción y, en su caso, se determine la multa (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Anic Partecipazioni, antes citada, apartado 90)”.

Abundando en los motivos que llevan al TJUE a sentar esta jurisprudencia, en la sentencia Archer Daniel (§ 120), se declara que: *“es la comprensión que los otros participantes en una práctica colusoria tienen de la intención de la empresa implicada lo determinante para apreciar si esta última pretendía distanciarse del acuerdo ilícito. Por ello, el Tribunal de Primera Instancia pudo juzgar con razón, en el apartado 247 de la sentencia recurrida, que el mero hecho de que la demandante abandonara la reunión de 4 de octubre de 1994 no podía, en sí mismo, considerarse como una distanciamiento público de la práctica colusoria de que se trata y que correspondía a ADM aportar los indicios de que los participantes en la práctica colusoria habían considerado que ponía fin a su participación”.*

A la vista de esta jurisprudencia, el Consejo entiende que está acreditada la participación de COLOMER en la reunión del 1 de diciembre de 2005 y que el contenido de dicha reunión fue el comienzo de la formación del cártel objeto de este expediente, sin que estén claros los términos en los que se distanció públicamente del cártel. Por ello, el Consejo considera que debe proseguirse la instrucción necesaria para aclarar este último punto, ya que es, según la jurisprudencia citada, un elemento básico para que la DI determine la imputación o no de COLOMER por su participación en el cártel.

Sobre los intercambios de información

Con anterioridad se ha apuntado que el mero intercambio de información puede suponer una infracción de las normas de la competencia. Es cierto que será preciso determinar el alcance de ese intercambio de información. Por ejemplo resulta indudable que un intercambio de información entre empresas competidoras sobre las variables básicas que configuran su estrategia comercial es una condición necesaria e inherente a la creación de un cártel. La formación de un cártel requiere el acuerdo entre sus integrantes de aplicar políticas comerciales comunes, y sin el intercambio de información no se explica como puedan llegar a un acuerdo. Es por ello, por lo que el intercambio de información que se lleva a cabo en el seno del cártel forma parte integrante del mismo, como un elemento más que sirve para implementar con éxito la actuación en el mercado acordada. Por ello, a la hora de sancionar un acuerdo de cártel, se sanciona el hecho en sí de sustituir la independencia de actuaciones característica de un mercado en competencia, por la actuación concertada entre sus protagonistas. En esta situación no procede evaluar cada uno de los instrumentos empleados para llevar a cabo la manifestación única del concierto de voluntades, pues sancionando este concierto de voluntades se están sancionando todos los elementos que hicieron posible la consecución del acuerdo.

Ahora bien, todo lo anterior no obsta para que tras el intercambio de información estratégica para competir que se produce como fase previa e imprescindible para la constitución del cártel, si éste finalmente no se constituye, o si alguno de los que participó en el intercambio decide finalmente no participar en el mismo, deban las autoridades de competencia dejar de valorar que implicaciones para el comportamiento competitivo del mercado se pueden derivar del mero intercambio de información. Por ello, cuando el intercambio de información no forma parte de una conducta anticompetitiva más amplia es cuando se analiza si el objeto de los mismos es igualmente anticompetitivo, y solo en caso negativo se requiere que se constaten los efectos anticompetitivos de la conducta. De hecho, en la reciente Comunicación de la CE en materia de acuerdos de intercambio de información entre empresas del sector del transporte marítimo (C245/10 DOUE 26.09.08), en su párrafo 42 se dice que *“Un intercambio de información puede incluso tener por su propio objeto restringir la competencia”*. Ello tiene su origen en la jurisprudencia dictada por la STJUE de 28 de mayo de 1998 en el asunto C-7/95 John Deere Ltd que recuerda que el artículo 81 (actual 101) prohíbe tanto los efectos reales como los potenciales (§ 72); que cuando no hay una restricción por objeto debe analizarse si la hay por efecto, en cuyo caso debe realizarse un análisis de efectos *“en el marco efectivo en el que se desarrollaría de no existir el acuerdo discutido”* (§ 76). Y debe analizarse si el intercambio de información debilita o suprime el grado de incertidumbre del mercado y con ello el grado de competencia (§85); y que el análisis *“debe interpretarse a la luz de la lógica inherente a las disposiciones sobre competencia del Tratado, según la cual todo operador económico debe determinar autónomamente la política que pretende seguir en el mercado común y las condiciones que pretende reservar a sus clientes”* (§ 86):

En esta sentencia el TJUE reconoce que *“si bien es cierto que esta exigencia de autonomía no excluye el derecho de los operadores a adaptarse con habilidad al comportamiento que han comprobado o que prevén que seguirán sus competidores, se opone sin embargo de modo riguroso a toda toma de contacto directo o indirecto entre dichos operadores que tenga por objeto o por efecto abocar a condiciones de competencia que no corresponderían a las condiciones normales del mercado de que se trate, teniendo en cuenta la naturaleza de los productos entregados o los servicios prestados, la importancia y el número de las empresas así como el volumen de dicho mercado.* (subrayado añadido) (§ 87).

Para determinar el carácter anticompetitivo de un intercambio de información la doctrina comunitaria, a raíz de la citada sentencia ha consolidado como criterios de valoración el tipo de información intercambiada y la estructura del mercado por lo que la DI deberá realizar ese análisis antes de realizar una propuesta sobre el carácter anticompetitivo o no de tales conductas y, consiguientemente, si constituye o no una infracción, aun cuando sea indiciaria, del artículo 1 LDC.

Más recientemente, en STJUE de 4 de junio de 2009 (T-mobile y otros) en cuestión prejudicial, nos recuerda que (§28): *“...Es jurisprudencia reiterada, desde la sentencia de 30 de junio de 1966, LTM (56/65), Rec. Pp. 337 y ss., especialmente p. 359), que el carácter alternativo de este requisito, como indica la conjunción “o”, lleva en primer lugar a la necesidad de considerar el objeto mismo de la práctica concertada, habida cuenta del contexto económico en el que se debe aplicar. Sin embargo, en caso de*

que análisis del contenido de la práctica concertada no revele un grado suficiente de nocividad respecto de la competencia, es necesario entonces examinar los efectos del acuerdo y, para proceder a su prohibición, exigir que se reúnan los elementos que prueben que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, bien impedido, bien restringido o falseado de manera sensible. (...). Y en el párrafo siguiente señala que: “, para apreciar si un acuerdo está prohibido por el artículo 81 CE, apartado 1, la toma en consideración de sus efectos concretos es superflua cuando resulta que éste tiene por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común (...). Por último, señala que (§ 31): “Por lo que respecta al análisis del objeto contrario a la competencia de una práctica concertada como la controvertida en el litigio principal, ha de acordarse, en primer lugar, que, como señaló la Abogado General en el punto 46 de sus conclusiones, para tener un objeto contrario a la competencia, basta con que la práctica concertada pueda producir efectos negativos en la competencia. Dicho de otro modo, sólo tiene que ser concretamente apta, teniendo en cuenta el contexto jurídico y económico en el que se inscribe, para impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado común. La cuestión de si tal efecto se produce realmente y, en su caso, en qué medida, únicamente puede ser relevante para calcular el importe de las multas y los derechos de indemnización por daños y perjuicios. (subrayado añadido)”

Este Consejo comparte plenamente con la DI la imposibilidad de que COLOMER no conociese el contenido del acuerdo tras su participación en la reunión de 1 de diciembre de 2005. Y dada la jurisprudencia citada, este Consejo considera que procedente que por el órgano instructor se valore si la información que tuvo COLOMER respecto al comportamiento que sus competidores iban a desarrollar a continuación tenía o no aptitud para influir en su propio comportamiento. Si el análisis de tal aptitud llevara a una conclusión afirmativa, no sería preciso buscar ni el efecto real ni una medida del mismo, pues ello sólo sería de utilidad para el cálculo de la sanción por el hecho de haber infringido, con su conducta, las normas de defensa de la competencia. Este es, según el criterio del Consejo, el análisis que procede hacer en atención a la jurisprudencia comunitaria existente al respecto.

En resumen, el Consejo considera que la conducta seguida por COLOMER le acredita su participación en un intercambio de información que se originó el 1 de diciembre de 2005 en una reunión en la que se constituye el cártel objeto del presente expediente. De dicha participación se derivan indicios de una conducta que pueden bien ser valorada como un elemento más de su participación en el cártel, o en su defecto indicios de una conducta autónoma limitada al ámbito de los intercambios de información. Por ello, el Consejo no puede ahora pronunciarse sin que se realice la instrucción a la que insta a la DI.

Sobre las cuestiones de procedimiento

Por último, resulta preciso dedicar unas líneas a delimitar la posición de COLOMER en este expediente y a justificar el motivo por el que el Consejo entiende que, para analizar los hechos descritos en el presente Fundamento de Derecho, es necesaria la incoación de nuevo expediente sancionador.

Es cierto que el acuerdo de incoación del expediente sancionador S/0084/08, FABRICANTES DE GEL, se dirigió contra las cuatro empresas consideradas infractoras en esta Resolución, es decir, HENKEL, SARA LEE, PUIG y COLGATE, pero también contra COLOMER que, por lo tanto, ha estado presente desde el comienzo y ha intervenido a lo largo de toda su tramitación.

Partiendo de esta base, podría extrañarse, desde una perspectiva jurídico-procedimental, la decisión de interesar de la DI la incoación de un nuevo procedimiento sancionador, especialmente cuando el principio de continencia de la causa aconsejaría, ante la existencia de los indicios de infracción apreciados por el Consejo, que se solicitase al órgano instructor la formulación de un PCH contra COLOMER y continuase la instrucción hasta la fase en la que se encuentran las demás imputadas, dictándose una única resolución para todas ellas.

No obstante, entiende el Consejo que la cercanía del plazo de caducidad de 18 meses para instruir y resolver establecida por el artículo 37.1 de la LDC, exige optar por otra solución que, a nuestro juicio, es igualmente correcta desde un punto de vista procedimental y, desde luego, menos gravosa para las restantes empresas imputadas en este expediente.

Para fundamentar esta afirmación, debemos comenzar por señalar que, a diferencia de lo que ocurre con el procedimiento sancionador común o general regulado por la Ley 30/1992 y el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, en el procedimiento diseñado por la LDC la imputación de los presuntos infractores se efectúa no en trámite de incoación, sino con la formulación del PCH a que hace referencia el artículo 50.3. Por lo tanto, es en este trámite en el que se determina quién ostenta la condición de imputado a efectos de continuar con él la instrucción del procedimiento sancionador y permitirle un adecuado ejercicio de su derecho de defensa.

Pues bien, partiendo de esta apreciación, es evidente que COLOMER, a pesar de ser uno de los sujetos frente a los que fue incoado el procedimiento sancionador que nos ocupa, no se le ha formulado imputación alguna en el PCH, por lo que su intervención debe entenderse que ha tenido lugar, desde dicho momento procedimental, en concepto de mero interesado no imputado (artículo 31 de la Ley 30/1992). Dicha condición es la que, sin lugar a dudas, deben ostentar en un procedimiento sancionador aquéllas personas físicas o jurídicas que intervienen en el mismo sin que su responsabilidad administrativa por determinados hechos sea sometida a examen, precisamente por no estar imputadas.

Por lo tanto, la ausencia de imputación a Colomer en este expediente, es decir, la ausencia de atribución de responsabilidad por los hechos delimitados en el PCH (con las consecuencias jurídicas que ello implica), es lo que permite a éste Consejo, ante la apreciación de indicios de infracción del artículo 1 de la LDC, interesar de la DI la incoación de un nuevo procedimiento sancionador contra la citada empresa.

Como resulta evidente, el procedimiento cuya incoación se interesa, guarda una relación directa con el presente, pero en ningún caso permitiría apreciar vulneración del

principio *non bis in idem* porque, repetimos, COLOMER no ha sido imputada, ni mucho menos sancionada, por los hechos examinados en el procedimiento que nos ocupa.

DECIMOSEGUNDO.- Sobre las solicitudes de aplicación del programa de clemencia

En el seno del presente expediente se han presentado ante la CNC dos solicitudes de aplicación del programa de clemencia, que ha sido por primera vez regulado en la legislación nacional de defensa de la competencia, en los artículos 65 y 66 de la Ley 15/2007. Nos encontramos a término del procedimiento sancionador, y por tanto el Consejo de la CNC debe, en base al artículo 47.4 del RDC, valorar si HENKEL y SARA LEE han cumplido los requisitos establecidos en el artículo 65.2 y 66 respectivamente de la LDC, de acuerdo con la propuesta de la DI. Dicha propuesta es:

- a) *“Que se exima del pago de la multa a Henkel Ibérica, S.A. y a su matriz, Henkel AG Co KGaA (Henkel), de acuerdo con la exención condicional concedida por la DI, de conformidad con lo establecido en el artículo 65.1.a) de la LDC y el artículo 47.1 del RDC, pues dicha empresa fue la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la DI, le permitieron ordenar el desarrollo de una inspección en los términos establecidos en el artículo 40 de la LDC en relación con el cártel descrito en la citada solicitud de exención, en el mercado de geles de baño y ducha en el territorio nacional. Por tanto, si al término del procedimiento sancionador Henkel hubiese cumplido los requisitos establecidos en el artículo 65.2 de la LDC, el Consejo de la CNC, de acuerdo con la propuesta de la DI, concederá a la empresa la exención del pago de la multa que, de otro modo, le correspondiese.*
- b) *Que se reduzca el importe de la sanción correspondiente a Sara Lee Household & Body Care España, S.L. y a su matriz, Sara Lee Corporation (Sara Lee), de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 de la LDC y en artículo 50.6 del RDC, puesto que una vez examinada la información y los elementos de prueba presentados por la empresa, esta DI considera que dichos elementos de prueba aportan un valor añadido significativo y han permitido aumentar la capacidad de la DI de probar los hechos descritos. En cuanto al nivel de reducción del importe de la multa, atendiendo a que dicha empresa fue la primera en cumplir los requisitos previstos en el artículo 66.1 de la LDC, Sara Lee podrá beneficiarse de una reducción del importe de la multa de entre el 30 y el 50%, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 66.2 de la LDC. No obstante, teniendo en cuenta las contradicciones puestas de manifiesto en esta Propuesta de Resolución entre la solicitud de reducción presentada y las alegaciones realizadas tras la notificación del PCH por Sara Lee, se propone al Consejo de la CNC que las tenga en consideración a la hora de fijar, en su caso, el porcentaje de reducción de la multa aplicable a Sara Lee en la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador, de acuerdo con lo establecido en el artículo 50.7 del RDC”.*

HENKEL no presenta alegaciones a esta propuesta, y SARA LEE presenta las siguientes. En primer lugar, sobre la denegación de la exención de sanción en aplicación del programa de clemencia propuesto por la DI, alega que el orden de presentación de las solicitudes debería ser irrelevante cuando la solicitud se presenta

“en el primer momento en que fue jurídicamente posible hacerlo, y el hecho de que HENKEL estuviera delante en la cola, en estas específicas circunstancias, no puede justificar el trato desigual en el Art. 46.4 del Reglamento”. En su opinión el Consejo debe reconsiderar la negativa de la PR a conceder a SARA LEE la exención total, pues su negativa no constituye *“una aplicación ajustada del art. 65 LDC”*, por cuanto una diferencia del 100% de reducción al 50% simplemente por el lugar que ocupó en la cola el 28 de febrero de 2008 es difícil de compatibilizar con el principio de igualdad. Continúa alegando que entiende las poderosas razones que hay detrás de la norma establecida en el artículo 65 y que no es otra que la eficacia del programa de clemencia, y que la forma de desincentivar el cártel radica en establecer un poderoso incentivo para el primero, pues si también para el segundo hubiese exención los incentivos para ser primero decaerían. Sin embargo opina que este caso es excepcional porque al anunciarse la entrada en vigor del programa un día y hora precisos generó una situación de incentivos *“completamente excepcional”*, de tal forma que se está dando la exención al que más madrugó el día 28 de febrero, sin que pueda ser creíble que ese sea el espíritu de la norma. Además razona que la aplicación excepcional en el caso presente no se produciría nunca más, por lo que dando la exención a SARA LEE no se perjudicaría la eficacia de la norma. Sigue SARA LEE alegando que respecto a la insuficiencia de la prueba aportada por SARA LEE argumentada por la DI, no se observan diferencias sustanciales entre las declaraciones de los directivos de HENKEL y los de SARA LEE y las pruebas documentales aportadas por HENKEL carecen de valor probatorio, como demuestra el hecho de que ni siquiera han sido recogidas en el PCH. Sólo se menciona en el PCH el correo electrónico enviado por HENKEL a SARA LEE con los participantes de la segunda reunión, y esta prueba fue incorporada en febrero de 2009, no en el momento de la solicitud de clemencia (folio 5106). SARA LEE considera que es desproporcionado conceder una exención del 100% y denegársela a SARA LEE sólo en base a esta prueba.

En segundo lugar, discrepa SARA LEE sobre la propuesta de rebajar el porcentaje de reducción de la multa (del 50% al 30%) que finalmente debe resolver el Consejo de la CNC. La base de esta propuesta es, a juicio de la DI, que SARA LEE había declarado que COLGATE sí participó en el cártel y que sin embargo en sus alegaciones al PCH SARA LEE dice que la reducción de 750ml a 600ml del 1 de julio de 2008 de COLGATE fue una decisión unilateral. Pues bien, la discrepancia no es tal, SARA LEE declaró que COLGATE iba a reducir sus formatos como consecuencia del acuerdo, pues todo parecía indicar que así sería. Sin embargo, cuando SARA LEE hace la declaración desconocía que la reducción sería a 600ml y no a 650ml como fue lo acordado, y que la misma se realizaría finalmente dos años después de lo acordado, por lo que en el momento de su declaración lo que SARA LEE declaró es que COLGATE había participado en el cártel. Posteriormente, al conocer los términos de la actuación de COLGATE, concluyó que dicha actuación se había realizado fuera del marco del cártel; también en la declaración SARA LEE ya manifestaba el posible incumplimiento del cártel por parte de COLGATE como consecuencia de las investigaciones realizadas por las autoridades de competencia en Francia, en las que COLGATE estaba implicada.

Respecto a la primera propuesta de la DI relativa a HENKEL, este Consejo considera que dicha empresa ha cumplido los requisitos exigidos en el artículo 65.2 de la LDC de haber cooperado con la CNC, haber puesto fin a su participación en la presunta infracción en el momento de su declaración, no haber destruido elementos de prueba y no haber adoptado medidas para obligar a otras empresas a participar en el acuerdo. Esta apreciación se basa en que considera acreditada la cooperación y su finalización en el cártel reguladas en las letras a y b) del artículo 62.2 y no le consta acreditado ninguno de los aspectos regulados en las letras c y d) del mismo precepto que impedirían la aplicación del programa.

Respecto a las pretensiones de SARA LEE sobre la posibilidad de que excepcionalmente el Consejo pudiera valorar una doble exención, para SARA LEE y para HENKEL atendiendo a la excepcionalidad de ponerle un día de inicio al programa de clemencia y los posibles efectos de dicho hecho, este Consejo no puede por más que rechazarlas. La Ley 15/2007 y el RDC han regulado con total precisión el procedimiento de presentación y valoración de las solicitudes de aplicación del programa de clemencia con el objeto de ser totalmente transparentes en la aplicación de este programa. Así, el artículo 65.1 de la LDC establece como primer requisito ser la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la CNC, le permitan ordenar el desarrollo de una inspección, o bien ser la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la CNC, le permitan comprobar una infracción del artículo 1. El artículo 46.4 del RDC establece que el orden de recepción de las solicitudes de exención se fijará atendiendo a “la fecha y hora de entrada en el registro del órgano de competencia al que se dirijan para su tramitación”. De la lectura de ambos preceptos se deriva que el margen de apreciación de la CNC no se encuentra en establecer el orden de presentación de la CNC, pues este está claramente regulado en la norma, sino en si la información aportada sirve para ordenar una inspección o para probar una infracción. SARA LEE considera que el valor probatorio de ambas declaraciones es equivalente. El Consejo considera que la información revelada por HENKEL en su solicitud de aplicación del programa de clemencia aportó elementos suficientes como para que la CNC pudiese organizar una inspección domiciliaria, y sólo queda conceder la exención aplicando el orden de presentación ante el registro, que no es otro que el acreditado en el expediente, esto es, conceder la exención a HENKEL.

Sobre la reducción de la sanción a SARA LEE, considera el Consejo que las declaraciones de SARA LEE han aportado un valor añadido significativo en la medida en que han contribuido en buena medida a corroborar las declaraciones de HENKEL, y por tanto cumple los requisitos del artículo 66.1 de la LDC. Por ser la primera empresa en aportar valor añadido a la instrucción del expediente la reducción podrá ser, según el artículo 66.2.a) una cantidad entre el 30 y el 50% de la sanción que le corresponda. El Consejo tras analizar la propuesta de la DI, en la que se reconoce el valor probatorio de la participación de SARA LEE en el presente expediente y atender las alegaciones presentadas por SARA LEE en respuesta a la denuncia de sus supuestas contradicciones, estima proporcionado una reducción del 40 % de la sanción.

DECIMOTERCERO.-Sobre la alegación final agregada de PUIG

PUIG resumen finalmente todas sus alegaciones según un esquema que repasa todas y cada una de las cuestiones analizadas previamente e incorporar además alguna

nueva. Su alegación la resume en que la conducta analizada no es ilícita y la DI no ha demostrado efectos restrictivos, ya que: (1) No habría restricción por objeto por cuanto PUIG habría demostrado que no hubo acuerdo de fijación de precios; (2) En cuanto a la restricción por efecto, la DI debería haber probado dichos efectos, pues como señalan las directrices sobre el 81.3 punto 24 “en el caso de las restricciones de la competencia por efecto, no hay presunción de efectos anticompetitivos; (3) la DI no ha desvirtuado los razonamientos sobre la insostenibilidad de un acuerdo sobre precios; (4) el centro de gravedad de la reunión de 1 de diciembre radicaba en facilitar el lanzamiento de unos formatos demandados por el mercado; (5) la DI no ha analizado en “contractual”, es decir, lo que habría pasado en ausencia de conducta y Sobre la duración de la conducta, la DI no termina de delimitar si se trata de un acuerdo puntual o continuado, y ello resulta vital para determinar la sanción; (6) la eventual concertación presenta características comunes a los acuerdos de estandarización (acuerdo de cooperación horizontal); (7) la conducta podría estar sujeta a la exención del 3 de la Ley 16/1989, y según la DT 1ª de la Ley 15, el eventual acuerdo podría considerarse autorizado; y (8) Como la DI no ha hecho análisis de efectos, no puede fundamentarse una eventual “exención” bajo el artículo 3 de la Ley 1989.

Dado que sí ha quedado acreditado que se trata de una conducta por objeto su declaración de ilicitud por parte del Consejo no requiere la constatación de efectos. No obstante, también estos han quedado acreditados, y se han empleado tanto para corroborar la infracción por objeto como para el cálculo de la sanción, por lo que entiende este Consejo que el resto de alegaciones quedan así desvirtuadas, y no procede su contestación individualizada.

DECIMOCUARTO.- Sobre cuestiones de procedimiento

En sus alegaciones PUIG denuncia la falta de acceso temporal al expediente (infracción del 35.a de la Ley 30/1992), que el acceso al expediente sólo se otorgó tras la comunicación del PCH corriendo el plazo para su defensa y ello supone una merma de dicho plazo que además tampoco fue prorrogado; y alega su derecho a la obtención de copias de las declaraciones en las que se basan las imputaciones. En la PR constan que PUIG ya ha presentado el contenido de estas alegaciones ante la DI, y en la respuesta de ésta se constata que PUIG tuvo acceso al expediente no sólo tras la comunicación del PCH sino durante la fase de tramitación, por lo que no merece esta alegación de mayor contestación. También consta que ha obtenido copia de todos los documentos que permite la LDC, por tanto el Consejo reitera lo ya expresado por la DI en su PR, que en ningún caso se ha visto afectado su derecho fundamental a la defensa.

Por su parte, COLGATE presentó escrito el 27 de noviembre de 2009 en el que solicitaba tener acceso al Informe de la DI remitido al Consejo en virtud del artículo 50.5 LDC; a la Propuesta de resolución y a los Escritos de Alegaciones presentados por el resto de las partes.

Como se ha argumentado en el FD Primero, dado el momento de incoación del presente expediente éste se tramita conforme a la ley 15/2007 en las cuestiones relativas al procedimiento de tramitación. Por ello, y según ya razonó este Consejo en el expediente S0037/08 Compañías de Seguro Decenal: “salvo que el Consejo ordene

la práctica de pruebas o diligencias complementarias, en cuyo caso es preciso dar a las partes la participación e intervención que establece la Ley, el expediente había quedado listo para su resolución y el Consejo no tenía más información que aquella que las partes habían podido conocer durante la fase de instrucción, salvo los escritos de alegaciones de las partes a la PR y el informe de la DI que debe acompañar a la remisión del expediente al Consejo. Documentos estos que están dirigidos al Consejo, como claramente se desprende del texto de los artículos 50.4 y 5 de la Ley 15/2007 y 34.1 y 2 del RDC, sin que la falta de conocimiento por las partes genere menoscabo de su derecho de defensa.”. En el momento en que COLGATE solicitó esos documentos la fase en la que se encontraba el expediente es precisamente la descrita en la cita reproducida, y por tanto el Consejo no atendió la solicitud planteada. Como sigue diciendo el Consejo en la Resolución señalada: “el último trámite de audiencia, es decir, de acceso al expediente que la Ley 15/2007 reconoce a las partes es el posterior a ser dictada y notificada la propuesta de resolución (art. 50.4 Ley 15/2007), el cual tiene lugar ante el propio órgano instructor (que no resolutorio), por lo que de no realizarse ninguna actuación posterior y encontrándose el expediente listo para resolución, no hay vulneración de derecho alguno, ya que la ley no contempla ningún trámite de audiencia ante el Consejo, salvo que se celebre vista o se practiquen pruebas o actuaciones complementarias. Por ello, porque puede no haber trámite de audiencia ante el Consejo, tiene pleno sentido que el Reglamento de Defensa de la Competencia regule el acceso al expediente dentro de la fase de instrucción (art. 31). Siendo así, de acuerdo con la Ley 15/2007, el Consejo podría haber resuelto el expediente en cualquier momento dentro del plazo legal establecido, sin que la falta de acceso de las partes al expediente en esta fase de resolución pueda generar indefensión, y a la misma conclusión se llegaría de aplicar la Ley 30/1992, pues conforme al art. 84.4 “Se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado”.

DECIMOQUINTO.- Sanción

En cuanto a la sanción que procede imponer, el artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia establece la posibilidad de que el Consejo de la CNC imponga a aquellos que, por negligencia o deliberadamente, infrinja lo dispuesto en el artículo 1 de la LDC, multas de hasta 150.000.000 pesetas (901.518 euros), que pueden ser incrementadas hasta el 10 por ciento del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediatamente anterior a la Resolución del Tribunal.

La cuantía ha de ponderarse atendiendo a la importancia de la infracción. Y para ello el artículo 10 establece los diferentes criterios que se deben tener en cuenta, entre ellos la modalidad y alcance de la infracción, la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de las empresas correspondientes, los efectos sobre el mercado, o la duración de la infracción.

En el caso que nos ocupa nos encontramos con una conducta en la que sus participantes han formado e implementado un cártel con el único objeto de incrementar el precio final del producto vendido, en aras a mejorar su supuestamente baja rentabilidad. Es por ello una conducta considerada como muy grave en el derecho de la competencia.

La dimensión del mercado afectado va más allá que la que se derivaría exclusivamente de las marcas participantes en el acuerdo, pues como se ha acreditado las marcas participantes cubren todas las gamas de calidad y precio del mercado de gel de baño y ducha en España, desde las más a las menos económicas. Se trata además de las marcas líderes del mercado en sus gamas, por lo que el precio que marcan sirve de referencia para fijar el precio no sólo a los fabricantes de marcas blancas, sino también del resto de marcas de fabricante con menor presencia en el mercado. Es decir, el precio de estas marcas líderes sirve para que las demás, que no están presentes en el acuerdo, tomen esos precios como referencia y fijen los suyos con la distancia relativa con la que siempre lo hacen. El resultado final es que todos los demás pueden seguir una política de incrementar sus precios sin el riesgo de perder clientes, de forma que a nivel agregado el precio medio de todo el mercado experimentará una subida.

Las empresas imputadas por la conducta representan casi la mitad del mercado afectado, y la duración para cada una de ellas ha sido establecida en el FD Sexto, en 27 meses para SARA LEE, HENKEL y PUIG, y en 11 meses para GOLGATE.

Con respecto a los efectos de la práctica ha quedado acreditado un incremento del 15.38% sobre el precio final de tarifa de los productos afectados, de tal forma que en ausencia de otras consideraciones el beneficio derivado de tal conducta para los infractores debería calcularse aplicando dicho incremento a los productos vendidos por los infractores objeto de esta conducta. Ahora bien, dado que el alcance de la conducta va más allá de simplemente estos productos, pues como hemos argumentado el precio de todos los demás productos en el mercado de esta categoría puede haberse visto incrementado, el efecto sobre los consumidores y usuarios puede ser mayor, pues incluso los que no adquieren esas marcas pueden estar pagando un precio mayor por otras marcas que no forman parte del acuerdo pero que al hilo de estas subidas han incrementado también sus precios. Por tanto, con el fin de considerar el efecto sobre los demás productos en este mercado, podría considerarse calcular el importe de la multa aplicando a los ingresos antes señalados un porcentaje significativamente superior al del citado 15.38%.

En el capítulo de alegaciones, las partes imputadas han realizado una serie de alegaciones sobre los criterios antes mencionados del artículo 10, y en concreto SARA LEE reconoce que se trata de un cártel, y que aunque está catalogado como una infracción muy grave, concurren en el caso presente una serie de circunstancias que reducen dicha gravedad. Estas alegaciones se basan en las características del mercado, que la no participación de COLOMER y la renuncia de COLGATE anulaban el efecto esperado del cártel sobre precios, hasta el punto de que COLGATE ganó cuota de mercado; que los consumidores tuvieron alternativas reales en el mercado más baratas, como fue COLGATE y las marcas blancas; y que la política de promociones de SARA LEE anuló los efectos del acuerdo, pues redujo los precios tanto por unidad como por volumen y que realizó extrallenados de 100 ml. Por todo ello los efectos no fueron de la intensidad que se les presupone a los cárteles. Además no ha habido mecanismos de seguimientos ni de represalias.

También PUIG alega evidencias en el expediente de extrallenados y promociones tanto en SARA LEE (facturas presentadas en las alegaciones) como en PUIG, y alega también sobre las características del mercado, concretando que existe un fuerte poder

de negociación de la demanda, que el mercado está muy atomizado, además la cuota que maneja la DI del 42% no es cierta, ya que COLGATE no cuenta porque no participó en la reducción y además han ido perdiendo cuota y el mercado se ha mantenido altamente competitivo.

COLGATE sostiene que mientras que el acuerdo de cártel supuso un incremento de precios artificial realizado de forma que el mismo era difícilmente perceptible para el consumidor, y que se redujeron los incentivos de las empresas involucradas para ser comercialmente más agresivos, su comportamiento conllevó una reducción de su precio medio presionando a la baja el precio de los participantes en el cártel, a la vez que hizo transparente a los consumidores el opaco incremento de precios de sus competidores, a través de la campaña “el tamaño sí importa” y las actuaciones ante Autocontrol. Por tanto mantuvo la presión competitiva desafiando a los miembros del cártel.

Aunque el Consejo apreciase que la no implementación del cártel y su campaña publicitaria hubiesen podido tener aptitud para afectar el comportamiento de sus competidores participantes en el cártel en sentido positivo, olvida COLGATE que su comportamiento desde el 1 de diciembre de 2005 fue el de participar en la constitución del cártel, y su presencia y consentimiento, si quiera tácito, de tal acuerdo contribuyó a la formación e implementación del mismo. Por otra parte, no cabe apreciar palmariamente dicho efecto positivo, pues de haberlo tenido su manifestación más evidente habría sido una reducción en los precios de tarifa de sus competidores, algo que, como ya se ha acreditado no se produjo hasta que PUIG redujo dichos precios el 1 de marzo de 2006.

El resto de alegaciones presentadas han sido tenidas en cuenta por el Consejo en la búsqueda de una sanción que cumpla tanto con el principio disuasorio, y por tanto supere el beneficio que el infractor obtiene con la conducta, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como con el resto de criterios basados en un principio de compensación o restitución del daño causado al interés público. No están acreditados los efectos de las distintas cuestiones que alegan los imputados, pero a algunas de ellas se les aprecia la aptitud alegada y existen indicios de que algunas han podido tener lugar, especialmente los extrallemados puntuales a ciertos clientes. Es por ello que atendiendo tanto a los efectos acreditados como a la aptitud en sentido contrario de ciertos indicios, el Consejo considera proporcionado fijar la sanción en un importe no superior al 15% del volumen de ventas correspondiente a los productos y marcas afectadas directamente por la infracción, a pesar de que el mercado afectado por la infracción se aprecia que es superior.

Habiendo comprobado que ninguna de las sanciones así establecidas supera el 10% DEL volumen de ventas total de las empresas correspondientes, y previamente a aplicar el programa de clemencia según las solicitudes que constan en este expediente, las sanciones correspondientes serían las siguientes. SARA LEE debería ser sancionada con 6.193.124 €; HENKEL debería ser sancionada con 4.276.979 €; PUIG debería ser sancionada con 2.437.317; y COLGATE debería ser sancionada con 2.175.621 €.

No obstante lo anterior, en aplicación del programa de clemencia y como ya ha establecido el Consejo en el FD Decimosegundo, la sanción de HENKEL debe gozar de una exención total, y la sanción de SARA LEE debe ser reducida a 3.715.874 €.

En el caso de COLGATE se considera que su participación en el cártel cesó en el momento en que hizo manifestación pública de ello, no reduciendo sus envases y haciendo publicidad de ellos frente a la política del resto de participantes en el cártel, lo que le hace merecedor de una sanción atenuada. Por ello la sanción a COLGATE será de 2.066.840 €.

En méritos de todo cuanto antecede, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, por mayoría

HA RESUELTO

Primero.- Declarar que HENKEL IBÉRICA S.A. y su matriz, HENKEL AG CO KGAA, SARA LEE HOUSEHOLD & BODY CARE ESPAÑA, S.L. y su matriz, SARA LEE CORPORATION, PUIG BEAUTY & FASHION GROUP S.L. y COLGATE PALMOLIVE ESPAÑA, S.A. y a su matriz, COLGATE PALMOLIVE HOLDING S. COMP. P.A. han infringido el artículo 1 de la Ley 16/1989 de la Ley de Defensa de la Competencia, al haber participado en la creación de un cártel con el objeto de llevar a cabo una nueva política comercial común, basada en reducir el tamaño de sus envase manteniendo constante los precios de los mismos.

Segundo.- Otorgar a HENKEL IBÉRICA S.A. y a su matriz, HENKEL AG CO KGAA, en virtud del programa de clemencia regulado en la Ley 15/2007, la exención total de la sanción que le correspondería en ausencia de dicho programa.

Tercero.- Otorgar a SARA LEE HOUSEHOLD & BODY CARE ESPAÑA, S.L. y a su matriz, SARA LEE CORPORATION (en virtud del programa de clemencia regulado en la Ley 15/2007, la reducción del cuarenta por ciento sobre la sanción que le correspondería en ausencia de dicho programa.

Cuarto.- Imponer a cada una de las responsables citadas las siguientes sanciones:

- A SARA LEE HOUSEHOLD & BODY CARE ESPAÑA, S.L. y su matriz, SARA LEE CORPORATION: TRES MILLONES, SETECIENTOS QUINCE MIL, OCHOCIENTOS SETENTA Y CUATRO Euros (3.715.874 €).
- A PUIG BEAUTY & FASHION GROUP S.L.: DOS MILLONES, CUATROCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL, TRESCIENTOS DIECISIETE Euros (2.437.317 €).
- A COLGATE PALMOLIVE ESPAÑA, S.A. y a su matriz, COLGATE PALMOLIVE HOLDING S. COMP. P.A.: DOS MILLONES, SESENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Euros (2.066.840 €).

Quinto.- Ordenar a todas las empresas sancionadas la publicación de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado, y su parte dispositiva en la sección de economía de dos diarios de ámbito nacional de mayor difusión, a costa de las autoras de la infracción. En

caso de incumplimiento se impondrá a cada una de ellas una multa coercitiva de 600 € por cada día de retraso.

Sexto. Interesar de la Dirección de Investigación la incoación de expediente sancionador contra COLOMER por la existencia de los indicios de infracción del artículo 1 de la LDC descritos en el Fundamento de Derecho Decimoprimeros de la presente Resolución.

Séptimo.- Instar a la Dirección de Investigación para que vigile y cuide del cumplimiento de esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma, no cabe recurso alguno en vía administrativa pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses desde su notificación.

VOTO PARTICULAR

DISCREPANTE que formula el Señor Consejero Don Fernando Torremocha y García-Sáenz a esta Resolución acordada y aprobada, por mayoría, por el Pleno del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, en las sesiones de los días 9 de Diciembre del 2009 y 14 de Enero del 2010, recaída en el Expediente S/0084/08 FABRICANTES DE GEL.

El Pleno del Consejo, por mayoría, siguiendo el Informe Propuesta que le elevara la Dirección de Investigación **RESUELVE:**

Primero.- Declarar que HENKEL IBERICA SA., y su matriz HENKEL AG CO KGAA, SARA LEE HOUSEHOLD & BODY CARE ESPAÑA SL., y su matriz SARA LEE CORPORATION, PUIG BEAUTY & FASHION GROUP SL., y COLGATE PALMOLIVE ESPAÑA SA., y su matriz COLGATE PALMOLIVE HOLDING S. COMPA P.A. han infringido el Artículo 1 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia, al haber participado en la creación de un cártel con el objeto de llevar a cabo una nueva política comercial común, basada en reducir el tamaño de sus envases manteniendo constante los precios de los mismos.

Cuarto.- Imponer a cada una de las responsables citadas las siguientes sanciones:

- a SARA LEE HOUSEHOLD & BODY CARE ESPAÑA SL., y su matriz SARA LEE CORPORATION € 3.715.874
- a PUIG BEAUTY & FASHION GROUP SL., € 2.437.317
- a COLGATE PALMOLIVE ESPAÑA SA., y a su matriz COLGATE PALMOLIVE HOLDING S.COMP. P.A. € 2.175.621

Mi discrepancia la concreto y desarrollo partiendo de los indubitados HECHOS PROBADOS que se proponen por la Dirección de Investigación y han sido asumidos por este Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia.

PRIMERO.- HECHOS PROBADOS.-

Los siguientes gozan de fehaciencia indubitada:

1º El día **28 de Febrero del 2008** a las 9 horas, cuatro minutos y 56 segundos, tuvo su entrada en la Comisión Nacional de la Competencia escrito de los representantes legales de HENKEL IBERICA SA., y HENKEL KGAA solicitando la exención del pago de la multa a los efectos del Artículo 65 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia (**clemencia**) o, en su defecto, subsidiariamente la reducción del importe de la multa a los efectos del Artículo 66 del mismo texto legal, correspondiente a una infracción del Artículo 1 de la LDC y del Artículo 81 del Tratado *“consistente en haber participado en reuniones con competidores con el objeto de reducir, de manera coordinada con éstos, el formato de los geles de baño y ducha de 750 ml a un nuevo formato de 650 ml, sin reducir el precio”*.

En dicho escrito concreta el ámbito geográfico de aplicación *sólo a España*.

Ese mismo día, HENKEL presenta solicitud de clemencia ante la Comisión Europea, quien al tener conocimiento de la solicitud de clemencia presentada ante esta Comisión Nacional de la Competencia y tratándose del mismo mercado, *comunica que paralizaba su Procedimiento 050308*.

HENKEL comercializa las siguientes marcas: Magno, Fa, La Toja.

2º Ese mismo día **28 de Febrero del 2008** a las 9 horas, 14 minutos y 56 segundos, tuvo su entrada en la Comisión Nacional de la Competencia escrito del representante legal de SARA LEE HOUSEHOLD & BODY CARE ESPAÑA SL., solicitando la exención de pago de la multa al amparo del Artículo 65 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, correspondiente a una infracción del Artículo 1 de la LDC, *“consistente en haber participado en reuniones con competidores con el objeto de reducir, de manera coordinada con éstos, el formato de los geles de baño y ducha de 750 ml a un nuevo formato de 650 ml, sin reducción de precio”*.

SARA LEE comercializa las siguientes marcas: Sanex.

3º La Dirección de Investigación, con amparo en el Artículo 49.2 de la Ley 15/2007 realizó una **información reservada** (DP 006/08) con el fin de determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación de expediente sancionador *“por presuntas conductas anticompetitivas en el sector de geles de baño y ducha”*.

El día **16 de Junio del 2008** de conformidad con lo establecido en el Artículo 49.1 de la Ley 15/2007, la Dirección de Investigación acordó la **incoación de Expediente Sancionador S/0084/08** por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el Artículo 1 de la Ley 15/2007 y por el Artículo 81 del TCE. Conductas de las que eran responsables:

- PUIG BEAUTY & FASHION GROUP SL., que comercializa las siguientes marcas: Avena Kinesia, Lactovit y Heno de Pravia.
- SARA LEE HOUSEHOLD & BODY CARE ESPAÑA SL.
- HENKEL IBERICA SA.
- COLOMER GROUP SPAIN SL., que comercializa las siguientes marcas: Natural Honey y Geniol.
- y COLGATE PALMOLIVE ESPAÑA SA., que comercializa las siguientes marcas: Palmolive y Palmolive NB.

4º La **primera reunión tuvo lugar el día 1 de Diciembre del 2005**, convocada mediante llamadas telefónicas por una Directiva de PUIG (perteneciente a la empresa Myrurgia, posteriormente absorbida por PUIG), en la sede de BIMBO (filial de Sara Lee), sita en la calle Nápoles 249 (Barcelona). Reunión a la que asistieron representantes de Puig, Henkel, Sara Lee y Colomer.

La presencia de COLGATE sólo se acredita con las afirmaciones de Sara Lee, siendo discrepantes en este punto las restantes imputadas.

5º La **segunda reunión tuvo lugar el día 13 de Febrero del 2006** y viene acreditada por las declaraciones realizadas por los representantes legales y por el Director General del Area de Cosmética de Gran Consumo de HENKEL, en el marco de la solicitud de exención; así como por el correo electrónico de 8 de Febrero del 2006 aportado por dicho Directivo, en el que aparecen las empresas que, según la declaración, participaron en la reunión y que fue enviado para preparar la misma.

Este correo electrónico (Folio 5106) fue enviado por la Secretaria del Directivo de Henkel a la Secretaria del Director General de Sara Lee, indicando los nombres de las personas convocadas, indicando las empresas que representan e identificando a sus secretarías y los números de teléfono de contacto de los *convocados* en representación de las empresas Colomer, Colgate, Puig y Henkel. El nombre de Sara Lee no aparece al ser éste el anfitrión y destinatario del e-mail.

En dicha reunión se *acordó el calendario* para el lanzamiento de sus respectivos formatos de 650 ml. Se acordó que PUIG lanzaría el nuevo formato en julio/agosto 2006; le seguiría SARA LEE en el último trimestre del 2006; y HENKEL en enero/febrero del 2007.

No consta probado que COLGATE fuera parte de este Calendario, ni que asistiera a dicha reunión ni a su posterior toma de refrescos/bebidas.

6º Una **tercera reunión tuvo lugar el día 24 de Mayo del 2006**, a la que asistieron los Jefes de Ventas de las empresas Henkel, Sara Lee y Puig.

7º La Dirección de Investigación, respecto a la posición de COLGATE en relación con el acuerdo adoptado, establece: (i) que lo conoció; (ii) aunque no puede afirmar que manifestara públicamente su intención de adoptarlo y cumplir el calendario fijado por las empresas participantes.

COLGATE un año después y concretamente a partir del 1 de Junio del 2008 redujo los formatos de geles: frente al formato común de 650 ml en uno de 600 ml.

La Dirección de Investigación (parágrafo 24) establece que “ha quedado acreditado en el expediente que a través del conocimiento y participación en, al menos, una de las reuniones celebradas...COLGATE condicionó su política comercial al conocimiento de la futura actuación de los participantes en el cártel, obteniendo un beneficio de dicho conocimiento como demuestra el lanzamiento por COLGATE de una campaña de marketing en noviembre del 2006 basada en el tamaño (*utilizando como slogan EL TAMAÑO SI IMPORTA. MIDE, COMPARA Y DECIDE*) folios 7276 y 7277.

8º En relación con la *justificación económica*, la Dirección de Investigación ya señaló en el Pliego de Concreción de Hechos (puntos 110 a 112) cómo varias empresas venían analizando, con anterioridad a la adopción del acuerdo, la *conveniencia económica de llevar a cabo una reducción de formatos, probablemente por la baja rentabilidad del mercado español* (parágrafo 25).

9º La Dirección de Investigación, a la luz de los *hechos acreditados*, señala que la duración de la *conducta continuada* seguida por las imputadas, *debe considerarse desde Diciembre del 2005...hasta la presentación de las solicitudes de clemencia el día 28 de Febrero del 2008*.

SEGUNDO.- FUNDAMENTACION JURÍDICA.

Este Consejero discrepante, entiende que a la luz de los HECHOS PROBADOS, anteriormente concretados, no procede declarar a COLGATE PALMOLIVE SA., como infractora de una conducta incardinable en el Artículo 1 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

Y ello por las siguientes consideraciones jurídicas:

1ª ha quedado probado suficientemente que COLGATE PALMOLIVE SA.: (i) no asistió a ninguna de las tres reuniones mantenidas por los restantes miembros del cártel (Henkel, Sara Lee y Puig), por lo que no puede hacerse presunción alguna al respecto ; (ii) no entró, ni participó en el calendario de lanzamiento de los productos, a diferencia de que sí lo hicieran Puig, Sara Lee y Henkel; (iii) no redujo el formato de los envases de los geles, sino hasta un año después del último lanzamiento de los cartelistas; (iv) lanzó una agresiva campaña publicitaria de marketing, poniéndola en conocimiento del mercado; (v) en todo caso, el conocimiento que se le imputa por la Dirección de Investigación y asumido por este Consejo, en cuanto al conocimiento de las reducciones de los formatos, viene suficientemente contestada por las propias manifestaciones de la Dirección de Investigación al reconocer que: eran varias las empresas que, con anterioridad al acuerdo, venían analizando la conveniencia

económica de llevarlo a cabo, probablemente por la baja rentabilidad del mercado español.

Razones todas ellas suficientes para no imputar a COLGATE PALMOLIVE SA.

2ª no es entendible que, tanto la Dirección de Investigación, como este Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, para imputar a COLGATE PALMOLIVE SA., se ampare **única y exclusivamente** en la Sentencia 7 de Enero del 2004 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al decir que la doctrina y jurisprudencia consolidada establece claramente que *basta el consentimiento tácito* para valorar la participación de una empresa en un cártel y considerarla autora de una infracción de las normas de defensa de la competencia” (parágrafo 21 en el que hace cita del parágrafo 81 de la Sentencia).

Lo anterior es cierto, pero las resoluciones deben ser contempladas y valorar en su total plenitud y no sólo en lo que pueda interesar en apoyo y amparo de un criterio parcial. Ello viene al hilo, por cuanto si seguimos leyendo la tantas veces citada Sentencia, el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en la actualidad, nominado Tribunal General) **dice también:**

- parágrafo 83 “los principios formulados por la jurisprudencia que se ha recordado en el apartado 81 de la presente sentencia son aplicables también a la participación en la ejecución de un acuerdo único. Para establecer la participación de una empresa en un acuerdo de esta índole, **la Comisión debe probar que la empresa intentaba contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes....o que pudo de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo”.**

- parágrafo 85 “además, el hecho de que una empresa no aplique los resultados de una reunión cuyo objeto es contrario a la competencia no puede eliminar la responsabilidad correspondiente a su participación en un cártel, **a menos que se distancie públicamente de su contenido”.**

Qué mayor distanciamiento que (i) no asistir a ninguna de las reuniones convocadas y celebradas; (ii) no asumir los planteamientos del cártel, antes al contrario, salir públicamente al conocimiento del mercado con una campaña de marketing en la que se distancia públicamente de los mismos; (iii) y finalmente, no modificar los envases de los geles, reduciendo los formatos, hasta un año después de hacerlo los cartelistas.

3ª De ahí que, a juicio de este Consejero discrepante, la Resolución dictada debió imputar **exclusivamente** a HENKEL y su matriz, a SARA LEE y su matriz y a PUIG de una infracción del Artículo 1 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia.

Cuestión distinta, una vez fijada y acordada la imposición de sanciones a las infractoras de las conductas acreditadas, es la de si deviene ajustada a Derecho el otorgamiento de clemencia a Henkel Ibérica y a Sara Lee, en base a los hechos acreditados anteriormente

TERCERO.- SANCIONES.

La Resolución, de la que discrepo, en el **RESUELVE cuarto** cuantifica las multas a imponer a SARA LEE, PUIG BEAUTY y COLGATE por los importes particularizados que en el mismo se establecen. Las mismas tienen su antecedente en el apartado correspondiente de la página 79 en la que literalmente se dice: *“Habiendo comprobado que ninguna de las sanciones así establecidas supera el 10% volumen de ventas total de las empresas correspondientes y previamente a aplicar el programa de clemencia, según las solicitudes que constan en este expediente, las sanciones correspondientes serían las siguientes: SARA LEE debería ser sancionada con € 6.193.124; HENKEL debería ser sancionada con € 4.276.979; PUIG debería ser sancionada con € 2.437.317; y COLGATE debería ser sancionada con € 2.175.621”.*

“En el caso de COLGATE se considera que su participación en el cártel cesó en el momento en que hizo manifestación pública de ello, no reduciendo sus envases y haciendo publicidad de ellos frente a la política del resto de participantes en el cártel, lo que le hace merecedor de una sanción atenuada. Por ello, la sanción a COLGATE será de € 2.066,840”.

Y se establece que *“No obstante lo anterior, en aplicación del programa de clemencia y como ya ha establecido el Consejo en el FD Duodécimo, la sanción a HENKEL debe gozar de una exención total y la sanción a SARA LEE debe ser reducida a € 3.715.874”.*

Con amparo en lo anterior, este Consejero discrepante entiende que procede hacer las siguientes consideraciones:

1ª en lo concerniente a COLGATE. Partiendo de mi criterio anteriormente expuesto y conformador de este Voto Particular Discrepante, los asertos que llevan al resto de este Consejo a la imposición de una sanción atenuada, *no hacen sino enfatizar mi desarrollo argumental* (manifestaciones públicas y no reducción de envases), por lo que en aras de un desarrollo argumental congruente debió no imponérsele sanción alguna.

2ª en lo concerniente a la aplicación del programa de clemencia a Henkel (exención plena) y a Sara Lee (exención reducida) decir lo siguiente:

- la Exposición de Motivos de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia recoge y acoge en el Título Quinto el régimen sancionador y, entre otras consideraciones dice que *“también se introduce un **procedimiento de clemencia**, similar al vigente en el ámbito comunitario, en virtud del cual se exonerará del pago de la multa a las empresas que, habiendo formado parte del cártel, denuncien su existencia y aporten pruebas sustantivas para la investigación, siempre y cuando cesen en su conducta infractora **y no hayan sido los instigadores** del resto de miembros del acuerdo prohibido”*.

Esta filosofía de principios tiene su plasmación normativa en su **Artículo 65 y en los Artículos 46 al 48 del Reglamento**.

- en todo caso, todo precepto legal debe ser visto a la luz del **Artículo 7 del Código Civil**, imbuido del valor supremo del Derecho Sustantivo por excelencia. En él se dispone en su parágrafo primero que *“los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”*. Y en su parágrafo segundo que *“la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso”*.

- por consecuencia de ello, con amparo en dicho precepto normativo, así como en la Ley 15/2007 (Artículo 65) que crea la institución de la clemencia, este Consejero entiende que *“en modo alguno debió concederse a **HENKEL**, ni a **SARA LEE** la exención del pago de la multa, en sus respectivos porcentajes”*, por cuanto ambas entidades mercantiles fueron las instigadoras del cártel, sus alma Mater. No puede desconocerse, partiendo de los Hechos Probados previamente establecidos que *“ambas dos entidades mercantiles fueron **las instigadoras del cártel**, las convocantes de las tres reuniones celebradas, las comunicadoras de los teléfonos de contacto, nombre de las respectivas secretarías de los Directores, las que pusieron sus instalaciones a disposición para las celebraciones de las reuniones, quiénes fijaron los plazos de salida al mercado de los nuevos envases, etc., siendo PUIG un mero seguidor”*.

- no es menos relevante, que esta institución de la clemencia es una traslación al Derecho Español de los programas existentes en el ámbito comunitario, por lo que no pueden desconocerse las normas de comportamiento plasmadas en las resoluciones, directrices y directivas publicadas al efecto.

En modo particular debe ser tenida en cuenta y aplicada la **Comunicación de la Comisión DOCE C 298/17 de 8 de Diciembre** relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en el caso de los cárteles.

En ella se dispone (13) que “*una empresa que haya tomado medidas con el objeto de coaccionar a otras empresas para que se unan al cártel o permanezcan en él, quedará inhabilitada para la obtención de la dispensa del pago de las multas*”.

- no sólo es el Derecho Español quien aborda *ex novo* el instituto de la clemencia y dicta normas de cómo aplicarla, sino que es también y *ex tunc* el Derecho Comunitario quien la había desarrollado, creando y conformando una doctrina comunitaria, clara y uniforme, enfatizando los términos conceptuales de **instigación-obligación de pertenencia**, para obviar su concesión.

- no puede olvidarse que, si bien **inicialmente** la Dirección de Investigación imputa a cinco empresas como las conformadoras del cártel, no es menos cierto que **finalmente** las deja reducidas a cuatro y que, de prosperar la tesis de este Consejero, el cártel **caso de haberlo** quedaría reducido a tres empresas, de las cuáles dos serían eximidas (las instigadoras Henkel y Sara Lee) y sólo una condenada, la seguidora (PUIG).

Ello, a juicio de este Consejero discrepante, sancionaría un abuso de derecho conllevador de un notorio fraude legal.

Así, por este Mi Voto Particular Discrepante, lo pronuncio, mando y firmo en Madrid, fecha ut supra.