

Id. Cendoj: 28079230062013100187
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 02/04/2013
Nº de Recurso: 381/2011
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MARIA ASUNCION SALVO TAMBO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Infracción del artículo 1.1. de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia

Idioma:

Español

SENTENCIA

Madrid, a dos de abril de dos mil trece.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. 381/2011 que ante esta **Sala de lo Contencioso-Administrativo** de la Audiencia Nacional ha promovido el Procurador D. Jaime Briones Méndez, en nombre y representación de **COLOMER**, contra Resolución de fecha 29 de junio de 2011 de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre **prácticas restrictivas de la Competencia**; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La parte actora interpuso, en fecha 28 de julio de 2011, este recurso; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

"SUPLICO que, teniendo por presentado este escrito y sus copias, se sirva admitirlo, lo a los autos de su razón y, en su virtud, y previos los trámites legales oportunos, tenga debidamente formulada la **DEMANDA** en el presente recurso y, en virtud de las manifestaciones en ella efectuadas, en el momento procesal oportuno **acuerde** la anulación de la Resolución dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia con fecha 29 de junio de 2011, en el Expediente sancionador s/0224/10 Colomer; así como la imposición en costas, en su caso, a la Administración demandada

de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA ."

2. De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó: *"sentencia desestimatoria, con expresa condena en costas a la recurrente"*.

3. Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto, de fecha 20 de noviembre de 2012 acordando el recibimiento a prueba habiéndose practicado la propuesta y admitida con el resultado obrante en autos, tras lo cual siguió el trámite de Conclusiones; finalmente, mediante providencia de 11 de marzo de 2013 se señaló para votación y fallo el día 19 de marzo de 2013, en que efectivamente se deliberó y votó.

4. En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido **Ponente la Ilma. Sra. D^a MARIA ASUNCION SALVO TAMBO, Presidente de la Sección.**

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Es objeto de impugnación la Resolución dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia con fecha 29 de junio, en virtud de la cual se declara a COLOMER responsable de una infracción del artículo 1.1. de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y se le impone una sanción de CIENTO SESENTA MIL TRESCIENTOS EUROS (170.300 euros).

Según la Resolución impugnada la infracción del artículo 1.1. de la LDC de 1989 en la que habría incurrido la hoy actora había consistido en:

"...haber participado el 1 de diciembre de 2005 en la creación de un cártel, con el objeto de reducir el tamaño de los envases de gel manteniendo los precios, y no haberse separado del mismo de una forma lo suficientemente clara, a juicio del Consejo de la CNC".

La Resolución que ahora se impugna tiene como antecedente otra anterior de 21 de enero de 2010 del propio Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, en el expediente S/0084/08 FABRICANTES DE GEL que resolvió declarar que una serie de empresas del sector de geles de baño y ducha *"habían 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 constantes los precios de los mismo..."* , sancionándolas en consecuencia.

Asimismo en esta otra resolución anterior el Consejo de la CNC resolvió *"...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 Derecho Decimoprimer de la presente Resolución"* .

En dicho *Fundamento de Derecho Decimoprimer* el Consejo de la CNC consideró 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 puede 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 intercambios de información. Por ello, el Consejo no puede ahora pronunciarse sin que se realice la instrucción a la que insta a la DI".

De acuerdo con el mandato del Consejo la Dirección de Investigación acordó la incoación del expediente al que puso fin la resolución ahora impugnada.

2. En la Resolución se contienen los siguientes

"HECHOS PROBADOS

quot;;

Primero .- La parte . La empresa imputada, 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. 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. 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 (respuesta al requerimiento de información sobre la estructura empresarial de COLOMER de 8 de abril de 2009).

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".

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

Segundo.- Ámbito de la infracción. De acuerdo con la instrucción llevada a cabo por la DI los hechos que constan acreditados en el expediente tienen lugar en el mercado de uno de los cinco segmentos o categorías de productos en los que, de acuerdo con los precedentes de esta CNC y de la Comisión Europea, se divide el mercado de los cosméticos, el de los productos de aseo y cuidado personal. Y más concretamente las conductas investigadas y los acuerdos anticompetitivos acreditados se limitan al mercado de los productos de gel de baño y ducha. En cuanto al ámbito geográfico, y aunque la empresa COLOMER opera a nivel internacional, la DI circunscribe el

perímetro del expediente a los productos de gel de baño y ducha comercializados en el mercado español.

Tercero.- Los Hechos Acreditados. El Consejo de la CNC en Resolución de 21 de enero de 2010 declaró 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 PALMÓLIVE 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 envases manteniendo constante los precios de los mismos (...)"*. En el punto 3.2.1 de la citada Resolución el Consejo declara acreditado en relación con la primera reunión constitutiva del cártel:

"..tuvo lugar el 1 de diciembre de 2005 (...) 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",

A continuación se recogen los hechos considerados por el Consejo relevantes en este procedimiento que la DI considera fehacientemente acreditados en la conducta de COLOMER y que no han sido refutados por la parte, ni en las alegaciones realizadas en el trámite de alegaciones al IPR, ni en el trámite de recalificación en sede del Consejo.

PRIMERA REUNIÓN DEL CÁRTEL

(1) Colomer participó en la primera reunión del cártel y así lo reconoce (folio 261):

"(...) esta parte no tiene inconveniente en confirmar que el Sr. (...), 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 (Director General de COLOMER) no hizo manifestación alguna al respecto".

(2) En contestación al requerimiento de información realizado por la DI en el marco de este expediente sancionador, COLOMER ha indicado lo siguiente en relación con el contenido de dicha reunión de 1 de diciembre de 2005 (folios 488 y 489):

"Como ya ha declarado COLOMER en el marco del expediente S/0084/08, en la reunión celebrada el día 1 de diciembre de 2005 a la que se refiere el Requerimiento uno de los asistentes a dicha reunión, anunció sus intenciones de reducir los formatos de los envases de 750 ml. e invitó al resto a sumarse a esta iniciativa, sin que se plantease ni adoptase acuerdo alguno al respecto durante dicha reunión."

(3) Respecto al comportamiento de COLOMER durante dicha reunión, la empresa expone lo siguiente (folio 489):

"COLOMER reitera lo manifestado en el expediente S/0084/08 en el sentido de que no aportó ninguna información en la reunión de 1 de diciembre de 2005: "Durante la reunión el Sr. (Director General de COLOMER) no hizo manifestación alguna al respecto (se refiere a los comentarios del resto de asistentes sobre la posibilidad de reducir los tamaños de algunos de sus geles)".

(4) Las otras empresas participantes en dicha reunión, en contestación al requerimiento de información realizado por la DI, confirman lo ya acreditado en la Resolución del Consejo sobre el contenido de esta reunión. Así, en la contestación de HENKEL, esta empresa confirma que, (folios 485 y 486):

"En esta reunión, el representante de PUIG BEAUTY & FASHION GROUP S.L (TUIG"), D^a (Directiva de PUIG), informó al resto de los asistentes acerca de su decisión de reducir el formato de su gel de ducha a 650 ml (el principal estándar en ese momento era el formato de 750 ml.) sin reducir precios, con el objetivo de incrementar los beneficios. A continuación, el representante de PUIG invitó al resto de compañías asistentes a proceder de la misma manera. PUIG también informó acerca de su intención de llevara cabo dicha modificación con independencia de las futuras acciones de las compañías asistentes.

Tras escuchar las propuestas y declaraciones de PUIG, los asistentes debatieron sobre diferentes hipótesis acerca de cómo dicho cambio podría ser llevado a cabo. El Sr. (directivo de HENKEL) recuerda algunos temas que se trataron, como, por ejemplo, si el mismo envase sería utilizado pero con menos contenido, o si un nuevo envase sería diseñado, pero el Sr. (directivo de HENKEL) no recuerda los detalles de quien dijo qué exactamente en la conversación. En todo caso, tras este intercambio de impresiones, D.^a (directiva de PUIG) dijo que mostraría los modelos de PUIG del formato reducido en una segunda reunión".

(5) Por su parte, PUIG admitió en el escrito de alegaciones al Pliego de Concreción de Hechos del Expte. S/0084/08, lo siguiente (folios 376 a 378):

"Que la Sra. (directiva de PUIG) acudió a la reunión del día 1 de diciembre de 2005 en la sede de SARA LEE (Bimbo) a la que había sido convocada. Que la Sra. (directiva de PUIG) confirmó a los reunidos, a petición del Sr. (...), la estrategia adoptada por Puig de efectuar un cambio de formato en varios de sus geles de 750 ml a mediados de 2006, puesto que ello ya estaba decidido en firme (...). Que el Sr. (directivo de SARA LEE) manifestó a los convocados que SARA LEE había también estudiado proceder a una reducción de sus formatos de 750 ml. Que, durante la reunión, diversos asistentes (distintos de Puig) comentaron la posibilidad de reducir ellos los tamaños de sus geles, al modo como lo estaba haciendo Puig. Que uno de los asistentes solicitó a Puig muestras de los nuevos envases con la finalidad, según expuso, de comprobar los nuevos formatos".

(6) Esta misma empresa, en la contestación al requerimiento de información realizado por la DI respecto a la información facilitada por COLOMER en la reunión de 1 de diciembre de 2005, declara (folio 484):

"El representante de THE COLOMER GROUP SPAIN, S.L tuvo un rol pasivo en dicha reunión."

(7) Sobre el contenido de la primera reunión del cártel la DI resume las declaraciones efectuadas por SARA LEE que se recogen en el punto 3.2.1. de la Resolución del Consejo de 21 de enero de 2010:

"(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 habló de intentar otros acuerdos en reuniones posteriores, y en concreto se acordó una celebración una segunda reunión en febrero de 2006 en la sede de Bimbo de SARA LEE con el propósito de analizar la situación). Varios de los asistentes a esta reunión corroboraron a lo largo del expediente que en la misma que se solicitaron pruebas de que PUIG iba a reducir los formatos, y que fue convocada una segunda reunión."

(8) En el acta de la inspección realizada en la sede de SARA LEE, se recoge la declaración de un directivo de esta empresa, en la que realiza una descripción somera del contenido de la reunión de 1 de diciembre de 2005 (folio 222):

"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".

REUNIÓN DE 13 DE FEBRERO DE 2006

(9) La segunda reunión del cártel, como se recoge en la Resolución del Consejo de 21 de enero de 2010, se celebró el 13 de febrero de 2006 en la sede de BIMBO, perteneciente a SARA LEE, y asistieron, sin ningún género de dudas, representantes de HENKEL, SARA LEE y PUIG.

(10) **Respecto de COLOMER, ha quedado acreditado que esta empresa fue convocada para asistir a la reunión de 13 de febrero de 2006** la semana anterior de celebrarse dicha reunión, como consta en el correo electrónico enviado el 8 de febrero de 2006 por HENKEL a SARA LEE, como anfitriona de esta reunión de 13 de febrero de 2006, con la relación de las empresas que iban a reunirse con SARA LEE en su sede (COLOMER, COLGATE, MIRURGYA (PUIG) y la propia HENKEL), identificando los (9) directivos de cada una de estas empresas convocados a la reunión, sus secretarías y el número de teléfono de contacto (folio 314).

(11) En la contestación al requerimiento de información realizado por la DI, COLOMER se ratifica en lo manifestado en el expediente S/0084/08 (folio 489):

*" **COLOMER reitera lo manifestado** en el expediente S/0084/08 en el sentido de que comunicó poco después de celebrada la reunión de 1 de diciembre de 2005 y en términos inequívocos **que no iba a participar en ningún eventual acuerdo sobre el asunto**. Esta manifestación ha sido corroborada por SARA LEE que, en dicho expediente, tal y como se recoge en la Resolución del Consejo de fecha 21 de enero de 2010, declaró que, durante la reunión de 1 de diciembre de 2005, **"COLOMER no se mostró interesada**, por considerar esta reducción no acorde a su política comercial SARA LEE confirmó esta circunstancia, posteriormente, cuando indicó que había quedado acreditado que **"COLOMER se separó desde un primer momento del acuerdo". En el mismo sentido, Henkel ha declarado que " El representante de COLOMER manifestó que no estaban interesados en esta modificación". Finalmente, Puig se pronunció en similares términos al afirmar que "COLOMER descartó dicha posibilidad y no la estudió".***

(12) PUIG, en la contestación a la solicitud de información realizada por la DI ha indicado lo siguiente (folio 484):

"THE COLOMER GROUP, S.L ni comunicó la negativa ni comunicó la afirmativa durante la reunión de 1 de diciembre de 2005, puesto que no se presentó por ninguna de las partes ninguna propuesta concreta a la que hubiera que contestar. Nadie se comprometió a nada en dicha reunión. Esta parte no trató con THE COLOMER GROUP, S.L de la cuestión en ningún otro momento que en la expresada reunión, en la que no se propuso ni llegó a ningún acuerdo. "

(13) Según recoge la DI en el apartado de Hechos Probados de este expediente, tanto HENKEL como SARA LEE, han indicado que **en algún momento__ tuvieron constancia de que COLOMER no iba a participar en el acuerdo.**

(14) SARA LEE, **niega la participación de COLOMER en esta segunda reunión** , y en su escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución del Expte. S/0084/08, reiteró que conoció el distanciamiento de COLOMER, indicando textualmente lo siguiente (folio 435):

" La renuncia de COLOMER a participar en el cártel y su incumplimiento por COLGATE anuló el efecto esperado del cártel sobre los precios."

(15) HENKEL, en su contestación al requerimiento de información de la DI, reitera lo señalado en el expediente 8/0084/08 respecto a que dicha comunicación se realizó durante la segunda reunión del cártel de 13 de febrero de 2006, manteniendo la asistencia de COLOMER a esta reunión (folio 486):

"En el curso de una segunda reunión celebrada el 13 de febrero de 2006 (a esta reunión asistieron las mismas personas que estaban presentes en la reunión celebrada el 1 de diciembre de 2005, más D. (...) de Colgate), el representante de COLOMER, D. (...), comunicó al resto de los asistentes su decisión de no llevar a cabo el cambio en los formatos.

3. Las alegaciones de la recurrente en pro de la estimación del recurso pueden resumirse como sigue:

1º) Caducidad del procedimiento.

2º) Prescripción de la infracción.

3º) Vulneración del principio de presunción de inocencia.

El Abogado del Estado niega tanto que se haya producido la caducidad como la existencia de prescripción; y ello por entender, respecto de la primera que el nuevo procedimiento fue una opción amparada legalmente y, respecto de la segunda porque el anterior expediente sancionador habría interrumpido el computo del plazo. Y, por último, señala que dado que se ha demostrado que COLOMER conocía los comportamientos ilegales de otros participantes, se considera también responsable, durante todo el tiempo que duró su participación en la infracción, de los comportamientos de otras empresas en el marco de la misma infracción.

4. En relación con la caducidad el procedimiento sancionador, la resolución recurrida dió la siguiente explicación:

"No obstante, no podemos dejar de hacer, a este respecto, una consideración adicional que entendemos relevante y que, asimismo, es puesta de manifiesto por la propia representación de COLOMER en el escrito remitido a este Consejo. Así, el núcleo central en la que se basa esta primera alegación, y que se repite a lo largo de la misma, lo constituye la aseveración de que la incoación de un nuevo procedimiento responde simplemente al objetivo de "ganar tiempo" o poner el "reloj de la caducidad a cero", para de este modo, disponer de más tiempo para resolver el expediente.

Pues bien, tal y como defiende la imputada, si la única finalidad del Consejo hubiera sido interrumpir la caducidad y ganar más tiempo, para tal fin le habría bastado ordenar la práctica de las actuaciones complementarias a que se refiere el artículo 51.1 de la LDC, hecho que, como es sabido, suspende el plazo máximo para resolver en virtud de lo dispuesto en el artículo 37.1 .e) de la LDC.

Y acierta COLOMER al decir que el Consejo tiene, y tenía en el momento de resolver el expediente S/0084/08, a su alcance la posibilidad de suspender el plazo de resolución del expediente sin incurrir en caducidad del procedimiento. Pero yerra COLOMER al considerar que otras posibilidades, como la utilizada por el Consejo en este supuesto, son en fraude de Ley. En efecto el Consejo podía haber utilizado los instrumentos anteriormente citados pero en este caso y por las razones que a continuación se exponen, optó por resolver sobre la propuesta de la DI e instar a ésta a hacer la instrucción que considerara oportuna en relación con las conductas de COLOMER, sobre las que en la Conclusión del PCH decía, "...tomó parte en las negociaciones del citado acuerdo y tuvo pleno conocimiento de éste en cuanto a su contenido y el calendario de implementación...".

El Abogado del Estado entiende que el Consejo analizó la situación y de las posibilidades a su alcance optó y así se expone en la propia Resolución de 21 de enero de 2010, por una opción que, desde un punto de vista jurídico, es igual de correcta, pero mucho más garantista para todas las partes. Para COLOMER, en la medida en que ha gozado de todo un procedimiento llevado a cabo por los órganos de instrucción para acreditar la inexistencia de conducta infractora, y para el resto de las imputadas en el expediente S/0084/09, que han obtenido una decisión sobre el fondo sin necesidad de esperar a la tramitación de unas actuaciones complementarias que hubiera dilatado, para ellas innecesariamente, el procedimiento.

La Sala entiende que, lo relevante aquí a los efectos de descartar la caducidad alegada es que, como tal vicio que afecta propiamente al procedimiento, ni siquiera viene referido por la parte actora al procedimiento del caso, esto es al que puso fin la resolución administrativa impugnada sino a otro anterior y distinto del que ahora interesa, por lo que la mayor o menor tardanza en resolver y la consiguiente superación del plazo de 18 meses que fija la LDC (art. 36) para dictar la resolución es algo ajeno al procedimiento de actual referencia y, por lo tanto, no puede tener la virtualidad pretendida.

5. En lo atinente al fondo del asunto, sin embargo, el recurso debe ser estimado en cuanto que no existe, a juicio de la Sala, prueba de cargo suficiente que acredite su participación en el cártel desde el **1 de diciembre de 2005**, fecha de la primera reunión hasta el 8 de febrero de 2006.

En efecto, el Consejo de la CNC ha sancionado a la actora por considerar que habría quedado acreditado que participó, el día 1 de diciembre de 2005, en la creación de un

cartél junto con diversos competidores y que no se separó de él hasta, al menos, el día 8 de febrero de 2006.

Sin embargo, de los hechos considerados probados por la propia resolución impugnada no se deduce, a juicio de la Sala, evidencia alguna de que en la reunión que tuvo lugar el día 1 de diciembre de 2005 la hoy actora alcanzase acuerdo alguno con sus competidores para la reducción de formatos o el mantenimiento de precios. Así fue apreciado ya por la Dirección de Investigación en su Propuesta de Resolución en el expediente S/0084/08 *FABRICANTES DE GEL*, propuesta en la que ya se tuvo en cuenta para exculpar a COLOMER la manifestación de ésta expresamente de su oposición a participar en acuerdo o práctica alguna de esa naturaleza, así como el hecho de no llevar a cabo ninguna reducción del formato de 750 ml. de los envases de geles; y que tampoco modificase los precios de dichos formatos de geles de baño y ducha.

Así las cosas, lo cierto es que el Consejo de la CNC en la resolución que puso fin a dicho expediente S/0084/08, ordenó incoar el expediente S/0224/10 *COLOMER* que no obstante tener por objeto los mismos hechos que aquél otro expediente, terminó mediante la resolución objeto de la actual impugnación y, al igual que en el anterior expediente, la Dirección de Investigación llegó a la misma conclusión de que no existían elementos de juicio que acreditasen que COLOMER hubiera incurrido en infracción alguna.

Al respecto resultan significativas las concluyentes afirmaciones de la Dirección de Investigación (folio 514 del Tomo II del expediente) cuando afirma que *"Ésta DI no considera equiparable la conducta de COLOMER a las de las demás empresas participantes en el cartel, una vez manifestada de forma pública y expresa su decisión de no formar parte del cartel..."* considerando, además, que la hoy actora *"no pudo conocer el seguimiento de dicho cartel y el comportamiento individualizado de las empresas participantes"* considerando además que en ningún caso COLOMER modificó su estrategia comercial.

Consecuentemente la Propuesta de Resolución del expediente sancionador que nos ocupa fue elevada por la DI al Consejo de la CNC en los siguientes términos: *"Se proceda al archivo de las actuaciones contra THE COLOMER GROUP SPAIN, S.L., al no haberse podido acreditar su participación en el cártel"*.

En fase de recalificación (artículo 51.4 de la LDC) el Consejo de la CNC resolvió, no obstante, modificar la calificación jurídica que la Dirección de Investigación hizo en su propuesta, recabando un nuevo informe de la propia DI sobre los hechos en cuestión y en el cual la DI volvió a reiterar las conclusiones alcanzadas respecto a la inexistencia de infracción de las normas de competencia por parte de la hoy recurrente.

Con arreglo a la Disposición Adicional 4ª, párrafo segundo, de la vigente Ley de Defensa de la Competencia , *"A efectos de lo dispuesto en esta ley se entiende por cártel todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones"* . Resulta, así, esencial al concepto de cártel el elemento de consenso o concertación de voluntades exteriorizada, además, en un pacto del que en el presente caso no existe la debida constancia por lo que se refiere a la recurrente. Esta es la conclusión a la que también ha llegado la Sala una vez valorada toda la documentación y material probatorio ofrecido por la CNC, algo que, por lo demás, y como ya hemos visto, sirvió

ya de base a la Dirección de Investigación para, hasta en tres ocasiones, considerar que COLOMER no había cometido la infracción que se le imputa.

6. De todo lo anterior deriva la procedencia de estimar el presente recurso con la paralela anulación de la resolución administrativa impugnada por su disconformidad a Derecho, deviniendo ocioso el análisis de la prescripción que, subsidiariamente, también se alega en la demanda.

No se aprecian circunstancias que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, según el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

FALLO

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad **COLOMER**, contra la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 29 de junio de 2011, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, anular la resolución impugnada por su disconformidad a Derecho, con sus inherentes consecuencias legales.

Sin expresa imposición de costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial.

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la Oficina Pública de origen, a los efectos de legales oportunos, junto con el expediente de su razón, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, Ilma. Sra. D^a MARIA ASUNCION SALVO TAMBO estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo. Doy fe.