

Id. Cendoj: 28079230062013100408
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 08/07/2013
Nº de Recurso: 217/2010
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MARIA ASUNCION SALVO TAMBO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Prácticas restrictivas de la Competencia

Idioma:

Español

SENTENCIA

Madrid, a ocho de julio de dos mil trece.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. 217/2010 que ante esta **Sala de lo Contencioso-Administrativo** de la Audiencia Nacional ha promovido la Procuradora D^a. Mercedes Caro Bonilla, en nombre y representación de **COLGATE PALMOLIVE ESPAÑA, S.A. Y COLGATE PALMOLIVE HOLDIGN S. COM. P.A.**, contra la Resolución de fecha 21 de enero de 2010 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; siendo **codemandados** HENKEL IBÉRICA, S.A. Y HENKEL AG & CO, entidades representadas por la Procuradora D^a María José Bueno Ramírez.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La parte actora interpuso, en fecha 25 de marzo de 2010, 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:

"SOLICITO A LA SALA TERCERA DE LA AUDIENCIA NACIONAL QUE admita este escrito junto con las copias y documentos que lo acompañan y que, previos los trámites oportunos,

(a) declare que la obligación de publicar la Resolución y su parte dispositiva (Dispositivo Quinto de la Resolución) carece de base legal y es, en consecuencia, nula

de pleno derecho;

(b) declare que el Consejo de la CNC infringió la Ley 30/1992 y el derecho de defensa de CP España cuando se negó, de manera injustificada, a permitirle acceder a documentos obrantes en el Expediente, en concreto, las contestaciones de sus competidores a la Propuesta de Resolución de la DI causando a esta empresa una indefensión material;

(c) declare que la Resolución es nula de pleno derecho en lo que se refiere a CP España y CP Holding, y en consecuencia, anule también en su integridad la sanción que les fue impuesta (Dispositivos Primero y Cuarto de la Resolución);

(d) subsidiariamente, reduzca la multa impuesta a CP España; y

(e) en todo caso, condene a la CNC a sufragar las costas del procedimiento."

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. Mediante Diligencia de Ordenación de 14 de septiembre de 2012 se dió traslado a la Procuradora María José Bueno Ramírez, en representación de la entidades HENKEL IBÉRICA, S.A. Y HENKEL AG & CO, lo que hizo en tiempo y forma; concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

"A LA SALA SUPLICO: Que tenga por presentado este escrito, y, en sus méritos, tenga por contestada la demanda en el presente procedimiento como parte codemandada, y en su día, y previos los trámites legales oportunos, dicte Sentencia por la que desestime el presente recurso contencioso-administrativo."

4. Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto, de fecha 30 de octubre 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 18 de abril de 2013 se señaló para votación y fallo el día 25 de junio de 2013, en que efectivamente se deliberó y votó.

5. 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 del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante CNC) de fecha 21 de enero de 2010, por la que se les impone a ambas recurrentes CP España y CP Holding, en calidad de filial y matriz, una multa conjunta de 2.066.840 euros por entender infringido el artículo 1 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia (en adelante LDC).

2. Son antecedentes a tener en cuenta para la presente decisión los siguientes:

- El 16 de junio de 2008, la CNC incoó expediente administrativo sancionador contra CP España y otras empresas por una presunta infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989 y 81 del TCE consistente en participar en un cártel cuyo objeto era reducir el formato de los envases de gel de baño, manteniendo el precio del envase de mayor tamaño.

- El 17 de junio de 2008, la Dirección de Investigación de la CNC realizó una investigación domiciliaria, entre otras, en la sede de CP España en Madrid.

- Mediante escrito de fecha 28 de junio de 2008, CP España recurrió ante el Consejo de la CNC, en virtud del artículo 47 de la LDC, algunas actuaciones de la Dirección de Investigación durante la inspección domiciliaria. Este recurso fue desestimado por el Consejo de la CNC mediante Resolución de 3 de octubre de 2008, notificada el día 6 de octubre de 2008.

- El 4 de diciembre de 2008, CP España recurrió la Resolución de la CNC mencionada en el párrafo anterior ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, recurso que se encuentra aun pendiente con el Número de Identificación Único: 28079 23 3 2008 0006864, Procedimiento Ordinario 464/2008.

- Después de los trámites previstos por la LDC, el 22 de enero de 2010, el Consejo de la CNC adoptó la Resolución recurrida, que fue notificada a CP España y CP Holding el 27 de enero de 2010, y a la que formula un Voto Particular Discrepante el Vicepresidente de la CNC, Magistrado D. Fernando Torremocha y García-Sáenz (el Voto Particular se encuentra contenido en la Resolución recurrida).

- El Consejo de la CNC considera acreditado que las empresas HENKEL IBÉRICA S.A. (en adelante, *Henkel*), SARA LEE HOUSEHOLD & BODY CARE ESPAÑA, S.L. (en adelante, **Sara Lee**), PUIG BEAUTY & FASHION GROUP S.L. (en adelante, **Puig**), y CP España han infringido el artículo 1 de la Ley 16/1989 por 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. Ahora bien, por lo que se refiere a CP España y CP Holding, el Consejo de la CNC reconoce que no ha quedado acreditada su presencia en ninguna de las reuniones del cártel, basando su imputación en considerar que la empresa conocía el contenido de la primera reunión del cártel (el día 1 de diciembre de 2005) y en que los demás miembros del cártel no sabían que CP España no iba a sumarse al acuerdo.

- En concreto, la parte dispositiva

de la Resolución recurrida dispone lo siguiente respecto a CP España y CP Holding:

"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 su matriz, COLGATE PALMOLIVE HOLDING S. CÓMP. 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.

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, CIENTO SETENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS VEINTIÚN Euros (2.175.621 €).

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 Decimoprimer de la presente Resolución.

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

3. El cártel que se considera por la CNC con participación de tres empresas, además de PALMOLIVE, tuvo por objeto reducir el formato de los envases de geles en España manteniendo el mismo precio. Las empresas sancionadas discutieron este acuerdo el 1 de diciembre de 2005 y el 13 de febrero de 2006, acordaron un calendario para la implementación del acuerdo, se reunieron una tercera vez para ultimar los detalles comerciales y, posteriormente, siempre según la CNC, llevaron a cabo lo acordado.

En concreto, y como decíamos ya en nuestra SAN de 2 de abril de 2013 (Rec. nº 381/2011) a propósito de 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 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 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 celebrar 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."

4. Como primer motivo de impugnación alega la recurrente vulneración del principio de presunción de inocencia: no existe prueba de cargo alguna que acredite su participación en alguna de las reuniones del cártel, su conocimiento del acuerdo de reducción de formatos, ni de su implementación.

Se alega también la improcedente aplicación por parte de la CNC de la doctrina "Aalborg" recogida en la Sentencia del TJCE de 7 de enero de 2004, ya que la CNC presume de manera incorrecta que conocer un cártel es igual que participar en él.

Por último, señala que ha sido sancionada por presumir que conocer el cártel sería una infracción por objeto de los artículos 1 LDC y 101 TFUE, identificando, además, "objeto" con aptitud para restringir la competencia.

5. Con arreglo a una inveterada doctrina constitucional al Derecho Administrativo Sancionador son aplicables, con ciertos matices, los principios inspiradores del Derecho Penal y las garantías previstas en el artículo 24.2 de la Constitución Española con la consiguiente garantía procedimental que conlleva que la sanción se imponga en un procedimiento donde se preserve el derecho de defensa, con posibilidad de alegar y probar y con pleno respeto del derecho de presunción de inocencia, que implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración, con la prohibición absoluta de utilizar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales y el derecho a la utilización de los medios de prueba adecuados para la defensa (por todas, SSTC 7/1998, de 13 de enero y 9/2003, de 20 de enero).

Aplicando esta doctrina al ámbito del derecho sancionador de la competencia, corresponde a la CNC la obligación de probar la infracción de la Ley 16/1989 por parte de CP España, sin que sea dable alterar la carga de la prueba.

En el presente caso la CNC impone a la recurrente una sanción como participante en un cártel durante once meses; y ello porque considera que la empresa conocía el cártel de HENKEL, SARA LEE y PUIG desde el principio y porque no se distanció del acuerdo.

En concreto, la Resolución impugnada considera probado respecto del resto de empresas sancionadas que el 1 de diciembre de 2005 se celebró una primera reunión entre al menos las tres empresas que acabamos de citar y Colomer y que en la misma se habló de reducir los embases de 750 ml a 650 ml manteniendo el precio del embase en el mismo nivel, lo cual ha sido admitido por las cuatro dichas participantes pero en ningún momento por la actora; asimismo se dice en la resolución (página 65) 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 éstos tres redujeron efectivamente el tamaño de sus envases de gel de 750 ml a 650 ml en las fechas acordadas y que mantuvieron invariables 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. Sin embargo, la propia CNC reconoce en la Resolución que la imputación a CP España *"se basa en 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..."*.

Ahora bien, la aceptación de la prueba de presunciones en el derecho sancionador exige, según reitera la doctrina también del Tribunal Constitucional, en primer lugar, que los hechos base estén plenamente demostrados; que la relación causal entre los hechos y los indicios esté suficientemente razonada y, finalmente, que si existen otras razones para explicar los indicios, deben ser analizadas y explicarse la causa de su rechazo; esto es que no haya explicaciones alternativas que pudieran explicar la conducta distintas a la comisión de una infracción, en este caso, de la normativa de competencia.

6. La Sala, coincide con las apreciaciones del Voto Particular a la Resolución cuando entiende que la aplicación de la prueba de presunciones que realiza la Resolución adolece de defectos que la hace incompatible con el respeto a la presunción de inocencia.

En efecto, tal y como la propia Resolución reconoce y el Voto Particular discrepante enfatiza:

- No ha sido probado que algún representante de CP España asistiera a alguna de las reuniones del cártel (se dice que *"no se ha demostrado que asistiera a la primera reunión"*); tampoco que se ha probado que CP España conociera el contenido de alguna de las reuniones, ni que las competidoras considerasen que CP España era parte del cártel.

- Tampoco se ha demostrado que algún miembro del cártel informase a CP España del contenido de la reunión del día 1 de diciembre de 2005 o de cualquiera de las reuniones posteriores.

- Por último, no se ha probado que algún representante de CP España se comprometiera con los acuerdos de cártel (se reconoce que *"no se ha demostrado que COLOMER y COLGATE mostraran públicamente su conformidad"* con el cártel). Además ha quedado demostrado que la decisión de la recurrente de reducir el tamaño de los envases de sus productos tuvo lugar mucho tiempo después y, por tanto, que no se debía al hecho de ser parte en un acuerdo con sus competidores.

La Sala comparte también la tesis de la recurrente coincidente con la del Voto Particular (página 86 de la Resolución impugnada) sobre la incorrecta aplicación de la denominada *doctrina Aalborg* cuando concluye que CP España era parte del acuerdo de cártel.

Si bien es cierto que la sentencia del TJCE de 7 de enero de 2004 recaída en los 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, *Aalborg Portland*, considera que, en principio basta con que la Autoridad de Competencia demuestre que la empresa investigada 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, lo cierto es que para poder exigir ese distanciamiento público del cártel exigido por la jurisprudencia comunitaria, la Autoridad debe probar primero que la empresa ha participado en las reuniones del cártel, no siendo suficiente con que conozca su contenido; esto es, sólo cuando la participación en las reuniones en las que se ha constituido el cártel ha quedado acreditada, es cuando se alteraría la carga de la prueba e incumbiría a la empresa a demostrar que sus intenciones no estaban guiadas por fines anticompetitivos, lo que, como hemos dicho, aquí no ha acontecido. Antes al contrario, y tal y como se pone también de manifiesto en el Voto Particular formulado por el Consejero de la CNC discrepante, CP España no asistió a las reuniones convocadas y celebradas por los miembros del cártel, no asumió el planteamiento del cártel, sino que por el contrario reaccionó públicamente en el mercado a la primera manifestación del mismo (la primera reducción de formato, manteniendo el precio, realizada por un miembro del cártel, en concreto, SARA LEE) con una campaña de marketing en la que se puso de manifiesto que el precio de sus productos era menor; y, por último, la hoy actora no modificó el tamaño de los geles de ducha sino hasta un año después de hacerlo el último de los cartelistas.

Por ello concluimos también que todo ello impedía a los miembros del cártel considerar que CP España aceptaba tácitamente su entente, pues demuestra su evidente distanciamiento público del acuerdo desde la perspectiva de la jurisprudencia comunitaria citada.

Es la propia CNC la que reconoce en su Resolución que la hoy actora se desmarcó públicamente del cártel en noviembre de 2006 al igual que se distanció también otra de las empresas sancionadas como fue COLOMER que, y a diferencia de la actora, sí asistió voluntariamente a la primera de las reuniones, la de 1 de diciembre de 2005 y cuya conducta, por lo demás, ha sido ya examinada por este mismo Tribunal en nuestra SAN de 28 de junio de 2013, estimatoria también del recurso interpuesto por aquella y tramitado bajo el nº 221/2011 .

Lo hasta aquí razonado nos lleva, sin necesidad de entrar en otras consideraciones, a estimar el presente recurso con la paralela anulación de la resolución impugnada por su disconformidad a Derecho.

7 . 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.

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 **COLGATE PALMOLIVE ESPAÑA, S.A. Y COLGATE PALMOLIVE HOLDIGN S. COM. P.A.**, contra la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 21 de enero de 2010, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, anular la resolución impugnada por su disconformidad a Derecho, en cuanto a los extremos impugnatorios examinados, 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.