



COMISIÓN NACIONAL DE LOS  
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

## **RESOLUCIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA (Expte. VS/0086/08, Peluquería Profesional)**

### **SALA DE COMPETENCIA**

#### **PRESIDENTE**

D. José María Marín Quemada

#### **CONSEJEROS**

D<sup>a</sup>. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

D<sup>a</sup>. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

#### **SECRETARIO**

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 25 de septiembre de 2014

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente S/0086/08, PELUQUERIA PROFESIONAL, incoado por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el Artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC).

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. El 28 de febrero de 2008, de acuerdo con lo previsto en el artículo 65 de la LDC, la empresa HENKEL IBÉRICA S.A. y HENKEL KGaA, presentó, ante la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante CNC), una solicitud de exención del pago de la multa en relación con su participación en distintas conductas colusorias.
2. El 16 de junio de 2008 la Dirección de Investigación de la CNC (en adelante DI), de conformidad con lo establecido en el artículo 49.1 de la LDC, acordó la incoación del expediente sancionador S/0086/08, Peluquería Profesional, por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la LDC y en el artículo 81 del TCE, contra L'ORÉAL ESPAÑA S.A. (L'ORÉAL); PRODUCTOS COSMÉTICOS, S.L. (WELLA); COLOMER GROUP SPAIN, S.L. (COLOMER); EUGÉNE PERMA ESPAÑA, S.A. (EUGENE); COSMÉTICA COSBAR, S.L. (MONTIBELLO); COSMÉTICA TÉCNICA, S.A. (LENDAN); HENKEL IBÉRICA,

- S.A. (HENKEL); DSP HAIRCARE PRODUCTS, S.A. (DSP); y la Asociación Nacional de Perfumería y Cosmética (STANPA).
3. El 12 de diciembre de 2008 WELLA presentó ante la CNC una solicitud de reducción del importe de la multa, conforme a lo dispuesto en el artículo 66 de la LDC, en relación con su participación en el cártel objeto de ese expediente.
  4. El 7 de julio de 2010, conforme al artículo 50.4 de la LDC, la DI notificó la Propuesta de Resolución a los interesados para que, en el plazo de quince días, formularan las alegaciones que tengan por conveniente, comunicándoles que éstas debían contener, en su caso, las propuestas de las partes en relación con la práctica de pruebas y actuaciones complementarias ante el Consejo de la CNC, así como la solicitud de celebración de vista. La DI propone sancionar a las ocho empresas imputadas L'ORÉAL ESPAÑA S.A. y su matriz L'ORÉAL, S.A.; PRODUCTOS COSMÉTICOS, S.L.U. (WELLA) y su matriz The Procter & Gamble Company; THE COLOMER GROUP SPAIN, S.L. y a su matriz TCGP; EUGÉNE PERMA ESPAÑA, S.A.U. y a su matriz EUGENE PERMA GROUP SAS; COSMÉTICA COSBAR, S.L. (MONTIBELLO), COSMÉTICA TÉCNICA, S.A. (LENDAN), HENKEL IBÉRICA, S.A. y su matriz Henkel AG Co KGaA; DSP HAIRCARE PRODUCTS, S.A. y la Asociación Nacional de Perfumería y Cosmética (STANPA), por una infracción *"del artículo 1 de la Ley 11/1963 y de la Ley 16/1989, como por el vigente artículo 1 de la LDC, por los acuerdos e intercambios de información comercial sensible realizados desde el 8 de febrero de 1989 hasta el 28 de febrero de 2008"*, calificándola de muy grave. Propone asimismo, en aplicación del programa de clemencia:

*"[...] b) Que se reduzca el importe de la sanción correspondiente a PRODUCTOS COSMÉTICOS, S.L.U. (WELLA), de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 de la LDC y el artículo 50.6 del RDC, puesto que una vez valorado el contenido de su solicitud de reducción, esta DI considera que ha aportado un valor añadido significativo para demostrar la existencia del cártel, ampliando el periodo de duración del mismo y aumentando la capacidad de la DI de probar la participación de otras empresas en el cártel [...]"*

*Por otra parte, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66.3 de la LDC y puesto que los elementos de prueba aportados por PRODUCTOS COSMÉTICOS, S.L.U. (WELLA) han permitido ampliar la duración del cártel desde el 16 de mayo de 2007 (cuando se produce el último intercambio de información acreditado entre las empresas del G8) hasta el 28 de febrero de 2008 y dicho hecho tiene una repercusión directa en el importe de la multa, al determinar el importe de la multa a PRODUCTOS COSMÉTICOS, S.L.U. (WELLA) no se tendrá en cuenta este periodo adicional de su participación en el cártel. En cuanto al nivel de reducción del importe de la multa, atendiendo a que dicha empresa ha sido la primera en cumplir los requisitos previstos en el artículo 66.1 de la LDC, 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".*

5. El 2 de marzo de 2011, el Consejo de la CNC dictó Resolución en el Expediente S/0086/08, *PELUQUERÍA PROFESIONAL*", con la siguiente parte dispositiva:

**"PRIMERO.-** Declarar a L'ORÉAL ESPAÑA S.A. y su matriz L'ORÉAL, S.A.; PRODUCTOS COSMÉTICOS, S.L.U. (WELLA) y su matriz The Procter & Gamble Company; THE COLOMER GROUP SPAIN, S.L. y a su matriz TCGP; EUGÉNE PERMA ESPAÑA, S.A.U. y a su matriz EUGENE PERMA GROUPSAS; COSMÉTICA COSBAR, S.L. (MONTIBELLO), COSMÉTICA TÉCNICA, S.A. (LENDAN), HENKEL IBÉRICA, S.A. y su matriz Henkel AG Co KGaA; DSP HAIRCARE PRODUCTS, S.A. y la Asociación Nacional de Perfumería y Cosmética (STANPA), responsables de una infracción del artículo 1 de la LDC, por haber llevado a cabo una práctica concertada, durante el periodo que va desde el 8 de febrero de 1989 hasta el 28 de febrero de 2008.

**SEGUNDO.-** Imponer las siguientes sanciones a las autoras de la conducta infractora:

-L'ORÉAL ESPAÑA S.A. una multa de 23.201.000€. De este importe hasta un total de 21.854.000€, resulta responsable de forma solidaria su matriz L'ORÉAL, S.A.

-PRODUCTOS COSMÉTICOS, S.L.U. (WELLA) una multa 12.032.000€. De este importe hasta un total de 6.196.981€ resulta responsable de forma solidaria su matriz The Procter & Gamble Company;

-THE COLOMER GROUP SPAIN, S.L. una multa de 8.739.000€. De este importe hasta un total de 7.770.000€, resulta responsable de forma solidaria su matriz TCGP.

-EUGÉNE PERMA ESPAÑA, S.A.U. una multa de 2.288.000€. De este importe hasta un total de 1.523.000€, resulta responsable de forma solidaria su matriz EUGENE PERMA GROUP, SAS.

-COSMÉTICA COSBAR, S.L. (MONTIBELLO) una multa de 2.555.000€.

-COSMÉTICA TÉCNICA, S.A. (LENDAN) una multa de 1.003.000€.

-HENKEL IBÉRICA, S.A. una multa de 9.890.000€, de la que es responsable solidaria su matriz HENKEL AG Co KGaA.

-DSP HAIRCARE PRODUCTS, S.A. una multa de 299.000€.

-Y a la Asociación Nacional de Perfumería y Cosmética (STANPA) una multa de 900.000€.

**TERCERO.-** Eximir a HENKEL IBÉRICA, S.A. y a su matriz Henkel AG Co KGaA del pago de la multa que le corresponde por reunir los requisitos previstos en el artículo 65 de la LDC.[...]"

6. Contra dicha Resolución, PRODUCTOS COSMÉTICOS, S.L.U. (en adelante, WELLA) interpuso recurso contencioso-administrativo nº 0001/2011, ante la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia

Nacional, que se sustanció por el cauce del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales.

7. El 22 de febrero de 2012, se dictó Sentencia por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, por la que se estima el recurso contencioso-administrativo por WELLA, y cuyo fallo resuelve:

*"ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **PRODUCTOS COMETICOS, S.L.U. (WELLA)**, [...], contra la Resolución dictada por el Consejo del Tribunal de Defensa de la Competencia [Comisión Nacional de la Competencia], de fecha 2 de marzo de 2011, con la consiguiente nulidad de la resolución impugnada por no ser ajustada a Derecho en cuanto que la misma conculca el derecho constitucional a la defensa de la recurrente en los términos declarados".*

8. Con fecha 20 de octubre de 2013, la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo resolvió el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado frente a la sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de febrero de 2012, declarando no haber lugar al mismo y desestimando el recurso.
9. El Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia deliberó y falló la Resolución en su sesión de 25 de septiembre de 2014.
10. Es interesada PRODUCTOS COSMÉTICOS, S.L.U. (WELLA).

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.- Objeto de la Resolución: cumplimiento de sentencia**

Conforme a lo dispuesto por el artículo 103 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, "*Las partes están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que en éstas se consignan*".

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional a que hace referencia el Antecedente de Hecho Séptimo de la presente Resolución, estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por WELLA y declara la nulidad de la resolución recurrida por considerar que, por un lado, la denegación de la reducción del importe de la sanción impuesta a WELLA y, por otro, la sanción del periodo comprendido entre el 16 de mayo de 2007 hasta el 28 de febrero de 2008, exigía haber concedido a WELLA trámite de audiencia para que procediese a valorar y en su caso a refutar tal apreciación. En concreto, la sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de febrero de 2012 señala lo siguiente:

*"La Sala comparte las alegaciones del Ministerio Fiscal cuando en su dictamen [sic] que se han modificado los hechos de la propuesta, porque son hechos, aunque no estén en ese apartado de la propuesta y de la resolución, la actuación de colaboración que lleva a cabo WELLA. Son hechos todo lo referente a la existencia o no en el expediente de "acreditación documental suficiente sobre las comunicaciones entre los miembros del cartel en el segundo*

*semestre de 2007 con convocatoria y confirmación de asistencia a la reunión de 4 de noviembre de 2007" y en general la importancia y valoración que se hace de la información aportada por WELLA. Se podría pensar que no, que es una valoración jurídica, pero en realidad, reúne características de hecho y valoración, pues los términos que se utilizan en los arts. 65 y 66 LDC no dejan de ser una simplificación de todos los elementos fácticos que hacen de la información aportada trascendente o importante para el fin pretendido cuando se regula una exención o una reducción de la multa que correspondería. Algunos incluso son de forma más clara prácticamente solo hechos, por ejemplo, la no existencia de ninguna otra señal que acredite la finalización del cártel.*

*Por ello, una vez que el órgano instructor calificó los hechos como constitutivos de una infracción atenuada por la concurrencia de circunstancias modificativas, el órgano decisor no puede, sin más, prescindir de dicha calificación sin la previa audiencia de la interesada, en este caso de la recurrente. En efecto, si el Consejo de la CNC, contrariamente al criterio expresamente manifestado en su propuesta por la Dirección de Investigación, entendía que las pruebas aportadas por la hoy recurrente no eran susceptibles de ser tomadas en consideración a los efectos del artículo 66.1 LDC ("en el sentido de aportar un valor añadido significativo") y que la información suministrada no encajaba en el concepto legal de "hechos adicionales con repercusión directa en el importe de la multa" a que se refiere el artículo 66.3 LDC, debería haber oído al respecto a la parte afectada".*

## **SEGUNDO.- Sobre la aplicación del programa de clemencia y atenuantes para la fijación del importe de la sanción a WELLA**

La CNC dictó Resolución el 2 de marzo de 2011 que, en el punto primero de su parte dispositiva, declaró a WELLA responsable de una infracción del artículo 1 de la LDC "por haber llevado a cabo una práctica concertada, durante el periodo que va desde el 8 de febrero de 1989 hasta el 28 de febrero de 2008"; y en el punto segundo le impuso una multa de 12.032.000 euros.

En el fundamento de derecho decimocuarto de la Resolución [sobre "Aplicación del programa de Clemencia. Agravantes y Atenuantes "] el Consejo de la CNC rechazó que WELLA pudiese ser acreedora de la reducción de sanción propuesta para ella al considerar que:

*"El Consejo coincide con la DI en confirmar la exención condicional concedida por ésta a HENKEL, puesto que fue la primera en aportar elementos de prueba para la acreditación de esta infracción, sin que la CNC dispusiera de otros medios de probarlo y en consecuencia, considera que debe eximirse a HENKEL del pago de la multa que le ha correspondido en función de la infracción y de su condición.*

*Por el contrario el Consejo al analizar la aportación realizada por WELLA no considera que cumpla los requisitos del artículo 66.1 de la LDC para ser acreedora de una reducción del importe de la sanción. En efecto, el Consejo tal*

*como ha razonado en el FD relativo a la duración de la sanción no comparte la importancia que la DI da a la información aportada por WELLA en relación con la reunión de 28 de febrero de 2008 y que se recoge en el (HP C 38). (De la misma forma considera el Consejo, que existe en el expediente acreditación documental suficiente sobre las comunicaciones entre los miembros del cártel en el segundo semestre de 2007, con convocatoria y confirmación de asistencia a la reunión de 4 de noviembre de 2007 (HP C37). Asimismo consta el correo remitido por HENKEL a MONTIBELLO comunicando que no asistiría a la reunión del G8, aunque sí a la del Comité de peluquería profesional, así como la convocatoria de la reunión del grupo "ad hoc" de 2 de abril que consta aportado por HENKEL y recabado en las inspecciones. Y por otra parte, de no existir la declaración de WELLA sobre la reunión de 28 de febrero de 2008, se consideraría la permanencia del cártel, puesto que no existe ninguna otra señal que acredite su finalización.*

*Este Consejo, analizada la aportación de WELLA no considera que la misma haya aportado un valor significativo como para ser merecedor de la reducción prevista en el artículo 66 y menos aún que haya permitido ampliar la duración del cártel, por lo que no considera sea acreedor de una reducción del importe de la multa.*

*Por lo que se refiere a los atenuantes, el Consejo no puede aceptar ninguna de las alegaciones de las partes en este sentido. Algunos imputados alegan que no discuten los hechos, resulta difícil que se pueda discutir la acreditación reiterada de la celebración de las reuniones del G8, por lo que no puede ser considerado una colaboración activa y ser reconocido como atenuante.*

*LORÉAL alega que fue quien propuso a STANPA solicitar un informe jurídico sobre las prácticas que estaban llevando a cabo, pero no ha demostrado que hiciera nada por poner fin a la infracción, ni que se abstuviera de asistir a las reuniones y de hecho en la reunión de febrero de 2007, forma parte como convocante del calendario de reuniones futuras. WELLA considera un atenuante el que la infracción haya finalizado antes de la incoación, pero como se ha recogido en el FD sobre la duración de la infracción el Consejo no comparte esa apreciación de WELLA.*

*En todo caso, si bien al información que WELLA ha aportado no tiene un valor añadido que pueda ser considerado suficientemente significativo, el Consejo tiene en cuenta que la empresa ha acudido motu proprio a la Dirección de Investigación con ánimo de prestar una colaboración activa en la acreditación del cártel, lo cual debe ser considerada como atenuante y así lo tendrá en cuenta minorando en un 5% la cuantía de la multa que le correspondería."*

En su sentencia de 22 de febrero de 2012, confirmada por el Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional señala que:

*"Por ello, una vez que el órgano instructor calificó los hechos como constitutivos de una infracción atenuada por la concurrencia de circunstancias modificativas, el órgano decisor no puede, sin más, prescindir de dicha calificación sin la previa audiencia de la interesada, en este caso de la*

*recurrente. En efecto, si el Consejo de la CNC, contrariamente al criterio expresamente manifestado en su propuesta por la Dirección de Investigación, entendía que las pruebas aportadas por la hoy recurrente no eran susceptibles de ser tomadas en consideración a los efectos del artículo 66.1 LDC ("en el sentido de aportar un valor añadido significativo") y que la información suministrada no encajaba en el concepto legal de "hechos adicionales con repercusión directa en el importe de la multa" a que se refiere el artículo 66.3 LDC, debería haber oído al respecto a la parte afectada. Y al no haberlo hecho así incurrió en la vulneración del derecho constitucional invocado."*

### **TERCERO.- Nueva valoración de la calificación hecha por el órgano instructor de los hechos probados en relación a WELLA**

El Consejo de la CNMC en Sala de Competencia considera que el correcto cumplimiento de lo ordenado en las sentencias de referencia exige realizar una nueva valoración de la calificación hecha por el órgano instructor de los hechos probados en relación a WELLA. Tal valoración debe llevarse a cabo atendiendo a los vigentes y más recientes criterios sobre la aplicación del Programa de Clemencia, y más específicamente sobre reducción del importe de la multa.

Efectivamente, tras la Resolución de la CNC de 2 de marzo de 2011 y estando pendiente de sentencia el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de febrero de 2012, el 19 de junio de 2013 fue adoptada la *Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre el Programa de Clemencia* (BOE núm. 196 de 16 de agosto de 2013).

La Comunicación toma en cuenta la experiencia acumulada desde la entrada en vigor del programa de clemencia en España y su objetivo declarado es *"contribuir a mejorar la transparencia y la previsibilidad de su actuación en aquellos procedimientos sancionadores en los que se presenten solicitudes de exención del pago de la multa y/o de reducción de su importe"*.

A los efectos del presente expediente, son relevantes los siguientes párrafos de la Comunicación sobre el Programa de Clemencia, referidos a la reducción del importe de la multa:

*(53) Los solicitantes de clemencia que no reúnan los requisitos necesarios para optar a la exención podrán beneficiarse de una reducción del importe de la multa que de otro modo les habría sido impuesta si facilitan elementos de prueba de la presunta infracción que aporten un valor añadido significativo con respecto a aquéllos de los que ya disponga la CNC y cumplan a lo largo del procedimiento con lo dispuesto en el artículo 66.1.b) de la LDC.*

*(56) De acuerdo con los artículos 66 de la LDC y 49 del RDC, para determinar este valor añadido significativo es preciso valorar la idoneidad intrínseca de los elementos de prueba aportados por el solicitante de reducción, por su propia naturaleza o nivel de detalle, para fundar la convicción de la Dirección de Investigación sobre la realidad de los hechos y conductas punibles y de las circunstancias jurídicamente relevantes para su análisis y calificación.*

*Dependiendo de los casos, pueden ser factores relevantes para determinar este valor añadido, entre otros, el tipo de documento, su datación, su origen y autor, su destinatario, la ocasión y el propósito de su elaboración, el lugar en que se haya custodiado y su contenido concreto, en particular, descifrando códigos o claves, etc. En este sentido, en el estado actual de la jurisprudencia y práctica nacional y comunitaria, se considera que la información y los elementos de prueba incriminatorios directamente relacionados con los hechos que pueda aportar el solicitante de reducción tienen mayor valor probatorio que los que sólo guarden relación indirecta con los mismos; que los testimonios (declaraciones, grabaciones, etc.) relativos a hechos en los que ha participado el autor que acompañen su solicitud de clemencia tienen mayor valor probatorio que los testimonios indirectos que pueda aportar; y que las pruebas escritas que datan del periodo en que se produjeron los hechos investigados (actas, correos electrónicos, cartas, faxes, etc.) facilitadas en su solicitud de clemencia tienen mayor valor probatorio que las datadas posteriormente, por ejemplo<sup>xvii</sup>. Todo ello determina que se reconozca un valor probatorio particularmente alto a determinadas informaciones o declaraciones aportadas por el solicitante de clemencia en sí mismas, ya sea por su carácter de admisión de culpabilidad y autoincriminación, ya sea con respecto a otras empresas y/o personas físicas también participantes en el cártel y proceder de un testigo directo de los hechos de los que informa o declara.*

*(57) Para determinar el valor añadido significativo de los elementos de prueba aportados por el solicitante de reducción es necesario además compararlos con los elementos de prueba que la Dirección de Investigación tiene a su disposición en el momento en que se presentan dichos elementos de prueba por el solicitante de reducción, puesto que se requiere que éstos sirvan para determinar nuevos hechos o atribuciones de responsabilidades respecto del cártel investigado o completar el relato de los hechos y la atribución de responsabilidades. Así sucede, por ejemplo, si permiten probar con mayor certeza aspectos ya conocidos o acreditados, corroborando otros elementos de prueba o reforzando o demostrando la credibilidad o fiabilidad de los ya disponibles.*

*(58) Tras valorar los elementos de prueba aportados por los solicitantes, así como el cumplimiento de su deber de colaboración, la Dirección de Investigación indicará en el PCH si han cumplido con lo previsto en el artículo 66 de la LDC y, en caso afirmativo, propondrá el intervalo de reducción del importe de la multa que pudiera imponerse a los solicitantes, indicando el orden de recepción de dichas solicitudes.*

*(62) De acuerdo con el artículo 66.3 de la LDC, la aportación por el solicitante de reducción de elementos de prueba que permitan establecer hechos adicionales con repercusión directa en el importe de la multa será tomada en cuenta por la Dirección de Investigación, que así lo indicará en el PCH o en la PR, en función del momento en que así lo haya considerado acreditado, proponiendo que dichos hechos adicionales sean tomados en consideración al determinar el importe de la multa de dicho solicitante de reducción, dado que*

*ha sido el primero en aportar pruebas concluyentes de esos hechos adicionales del cártel. En este contexto se entiende por pruebas concluyentes aquéllas que son aptas por sí mismas para probar un hecho, sin necesidad de que concurran otros elementos de prueba para su corroboración.*

*(63) Compete al Consejo de la CNC valorar la propuesta de reducción del importe de la multa en la PR de la Dirección de Investigación, estableciendo el porcentaje de reducción del importe de la multa dentro del intervalo de reducción que le corresponda, si el solicitante de reducción cumplió con su deber de colaboración. Atenderá para ello al grado de valor añadido significativo aportado y a la fecha y momento procesal de su aportación, teniendo en cuenta el conjunto de los elementos de prueba obrantes en el expediente<sup>xix</sup>. Igualmente compete al Consejo de la CNC, de acuerdo con la propuesta de la Dirección de Investigación, valorar en su Resolución si el solicitante de reducción aportó pruebas concluyentes de hechos adicionales relativos al cártel que le hagan acreedor de la exención parcial descrita en el punto anterior.”*

A la vista de los requisitos, condiciones y conceptos detallados en la Comunicación sobre el Programa de Clemencia, así como su proyección sobre la solicitud de reducción de WELLA y la valoración realizada sobre la misma por parte del órgano de instrucción en su Propuesta de Resolución de 6 de julio de 2010, esta Sala considera que se dan las condiciones para que WELLA sea merecedora de la reducción prevista en el artículo 66 de la LDC, en tanto que facilitadora de elementos de prueba de la infracción que aportan un valor añadido significativo con respecto a aquéllos de los que ya disponía la DI en el momento de la presentación de la solicitud de reducción, elementos que permitieron a la DI aumentar su capacidad para probar los hechos objeto del expediente S/0086/08, probar la participación de las entidades incoadas en el cártel y ampliar el período de duración de éste, fijando la finalización del mismo el 28 de febrero de 2008.

#### **CUARTO.- Cálculo de la multa**

La Sala de Competencia de este Consejo, como no podía ser de otra manera, mantiene las valoraciones realizadas en el Fundamento de Derecho Tercero de la Resolución de la CNC de 2 de marzo de 2011, en lo que se refiere a la calificación de la infracción cometida por WELLA y a los criterios para el cálculo de la multa.

No obstante, es preciso recalcular el importe de la multa que corresponde a WELLA para no atender al período de participación de la misma en el cártel entre el 16 de mayo de 2007 y el 28 de febrero de 2008, conforme a lo establecido en el artículo 66.3 de la LDC.

Asimismo, corresponde aplicarle un nivel de reducción del importe de la multa que, conforme a lo dispuesto en el artículo 66.2 de la LDC, debe ser cifrado entre el 30% y el 50% del importe de la multa que le correspondería en otro caso.

Tras analizar a la luz de la Comunicación sobre el Programa de Clemencia la propuesta de la DI, en la que se reconoce el valor probatorio de la participación de WELLA en el

expediente S/0086/08, la Sala estima proporcionada una reducción del 40% de la sanción. Este porcentaje ha sido el aplicado en anteriores resoluciones de la autoridad de competencia (vid. S/0084/08 Geles de baño, Resolución de 21 de enero de 2010; S/0120/08, Transitarios, Resolución de 31 de julio de 2010 y S/0316/10, Sobres de papel, Resolución de 25 de marzo de 2013) para atender a un análogo valor añadido de los elementos de prueba aportados por los solicitantes de reducción.

Para el cálculo de la multa resultante es preciso partir de los mismos criterios señalados en el fundamento de derecho 13º de la resolución de 2 de marzo de 2011, en particular:

*“De acuerdo con el artículo 62.4 de la LDC, esta infracción es calificada de muy grave y acreedora de una sanción de hasta el 10 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio anterior al de la imposición de la multa.*

*Los criterios del artículo 64 para la determinación del importe de las sanciones se remiten a la dimensión y características del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa o empresas responsables, el alcance y duración de la infracción y en su caso, los efectos sobre los derechos legítimos de consumidores y usuarios y de otros operadores económicos.*

*Por tanto a la hora de calcular la sanción, el Consejo debe de tener en cuenta que nos encontramos ante una de las infracciones más graves contra la competencia y que la conducta incide de forma directa sobre todo el mercado español de productos para peluquería profesional, en el que se ha desarrollado, porque las empresas infractoras realizan un 70% del negocio de este mercado. Además la conducta que se ha mantenido de forma ininterrumpida durante un periodo de casi 20 años. Por lo cual, de acuerdo con los criterios de la LDC, estaríamos ante una conducta infractora que por su gravedad, duración y por afectar a todo el mercado en el que ha tenido lugar, es acreedora de una sanción elevada dentro de las previstas para las infracciones muy graves por el artículo 63.1 c) de la LDC.*

*Además de los criterios de la LDC, este Consejo tiene en cuenta asimismo la consideración del Tribunal Supremo según el cual este Consejo a la hora de fijar la multa ha de tener, “...como criterio rector para este tipo de valoraciones sobre la adecuación de las sanciones a la gravedad de los hechos, que la comisión de las infracciones anticoncurrenciales no debe resultar para el infractor más beneficiosa que el cumplimiento de las normas infringidas”.*

*Para el cálculo de la multa el Consejo ha tenido en cuenta los ingresos antes de impuestos, que las empresas han comunicado, obtenidos por las imputadas en el mercado de peluquería profesional a lo largo de los veinte años en que el cártel ha estado funcionado y ha aplicado la Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones, publicada en el año 2009, en la que, en aras de la transparencia y la seguridad jurídica, esta CNC dio a conocer los criterios que tenía pensado aplicar en el cálculo de las multas en cumplimiento de los criterios de la LDC y al objeto de potenciar el efecto disuasorio de las mismas.*

[...]

*Por lo que se refiere al techo de la multa que el artículo 63.1. c) establece en el 10 % del volumen de negocios total de la empresa infractora, en el año anterior al de la imposición de la multa, el Consejo ha tomado los datos aportados por las imputadas del ejercicio 2009, últimas cuentas cerradas. Con esos datos para cuatro empresas (WELLA, LENDAN, MONTIBELLO, y DSP), la multa superaría el 10% citado, por lo que la sanción queda limitada a ese tope.*

*Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, el Consejo considera que las cuantías de las multas, que de acuerdo con las disposiciones sancionadoras de la LDC cumplen los principios de proporcionalidad y disuasión son las siguientes:*

[...]

*PRODUCTOS COSMÉTICOS, S.L.U. (WELLA) una multa de 12.032.000€, (doce millones treinta y dos mil Euros). De este importe hasta un total de 6.196.981€ (seis millones ciento noventa y seis mil novecientos ochenta y un Euros) resulta responsable de forma solidaria su matriz The Procter & Gamble Company; [...].”*

Sobre tales criterios, que en ejecución de Sentencia no pueden ser modificados, procede, de conformidad con lo señalado, excluir del cálculo de la multa el periodo comprendido entre el 16 de mayo de 2007 y el 28 de febrero de 2008 (artículo 66.3 de la LDC), y aplicar sobre el periodo restante (8 de febrero de 1989 hasta el 15 de mayo de 2007) una reducción del 40%.

Siendo ello así, y partiendo de la información aportada por la empresa mediante escrito de 12 de marzo de 2010 (folios 9944 a 9949) relativo a los volúmenes de negocios correspondientes a los ejercicios 1989 a 2008, se excluye por completo el año 2008, se toma en cuenta 4/12 partes del ejercicio 2007 y 11/12 del ejercicio 1989. La suma de tales volúmenes en el mercado afectado ponderada de forma decreciente en función de los ejercicios más alejados al fin de la conducta, arroja un resultado de 91.872.000 euros. Sobre dicho importe, de conformidad con lo señalado en la propia resolución de 2 de marzo de 2011, se aplica un 10%, resultando un importe básico de la sanción de 9.187.200 euros.

Por último, en aplicación del programa clemencia y según lo señalado, se procede a aplicar una reducción del 40%. Ello supone que la multa a pagar por WELLA es de **5.512.320 euros**.

Asimismo, y en coherencia con lo señalado en éste y el Fundamento Tercero, el comportamiento infractor le resulta imputable a WELLA por todo el periodo comprendido entre el 8 de febrero de 1989 y el 16 de mayo de 2007, debiendo responder solidariamente su matriz (THE PROCTER & GAMBLE COMPANY) del pago de dicha sanción exclusivamente respecto del periodo comprendido entre el 9 de junio de 2004 y el 16 de mayo de 2007. Siendo ello así, tomando por referencia los volúmenes íntegros de 2005 y 2006, así como 6/12 de 2004 y 4/12 de 2007, aplicando los mismos porcentajes de sanción y reducción, el importe máximo del que la matriz debe responder solidariamente con la filial asciende a **3.870.180 euros**.

En su virtud, vistos los artículos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia

### **HA RESUELTO**

**PRIMERO.-** Corregir, en ejecución de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 22 de febrero de 2012, la parte dispositiva y los Fundamentos Jurídicos Decimotercero y Decimocuarto de la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de marzo de 2012, dictada en el expediente S/0086/08 Peluquería Profesional, de acuerdo con lo señalado en los Fundamentos Tercero y Cuarto de esta resolución.

**SEGUNDO.-** Declarar que PRODUCTOS COSMÉTICOS S.L.U. (WELLA) reúne los requisitos establecidos en el artículo 66.2 a) de la Ley de Defensa de la Competencia para aplicarle a la multa impuesta en el dispositivo Cuarto una reducción que, incluida la exención parcial del artículo 66.3 de la misma ley, equivale al 40% del importe de la multa, lo que supone que le corresponde pagar 5.512.320 euros. De este importe hasta un total de 3.870.180 € resulta responsable de forma solidaria su matriz THE PROCTER & GAMBLE COMPANY.

**TERCERO.-** Instar a la Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución.

**CUARTO.-** Comunicar a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional la presente resolución como ejecución de la Sentencia de 22 de febrero de 2012.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese esta Resolución a PRODUCTOS COSMÉTICOS S.L.U. (WELLA) y a THE PROCTER & GAMBLE COMPANY haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer recurso contencioso administrativo ante la Audiencia nacional en el plazo de dos meses contados desde su notificación.

VOTO PARTICULAR

**VOTO PARTICULAR DISCREPANTE** que formula el Consejero Don Fernando Torremocha y García-Sáenz a esta Resolución aprobada en el día de hoy, 25 de Septiembre del 2014, **por mayoría simple**, por esta SALA DE COMPETENCIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el marco del **Expediente Sancionador S/0086/08 Peluquería Profesional**.

**DISCREPANCIA** que concreto y fundamentos en los siguientes MOTIVOS:

#### **PRIMERO.- ANTECEDENTES.-**

1º Este Consejero Discrepante, el día **17 de Julio del 2014**, llevó a deliberación y fallo este Expediente y fue vencido en su Propuesta de Resolución, procediéndose seguidamente a turnarse de nuevo, recayendo la Ponencia en las Consejeras Sras. Ortiz y Zenarrutzabeitia.

La mayoría de La Sala (las dos Consejeras y el Presidente) asumiendo el relato de Antecedentes, Hechos Probados y Fundamentación Jurídica, mostraron su discrepancia **sólo y exclusivamente en el porcentual a aplicar**, esto es la horquilla que va “desde el 30% al 50% de reducción del importe de la multa” ex Artículo 66 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

2º La coherencia, sustantiva y procesal, exige que en puridad y honestidad, al venir la discrepancia sólo y exclusivamente concretada a fijar un porcentual del 50% sobre el importe total de la sanción (propuesta de la Ponencia) frente al 30% (fijado por la discrepancia) **la normalidad** hubiera llevado a la formulación de un Voto Particular Discrepante, motivando y fundamentando su discrepancia **y no al vencimiento de la Ponencia**.

Este acontecer no es nuevo y viene siendo costumbre que puede ser demostrada haciendo enumeración de los casos en los que se ha producido, sólo en los casos en que este Consejero ha sido Ponente.

3º Pero tal acontecer no es lo importante en este concreto caso, por cuanto a lo que viene obligada esta SALA DE COMPETENCIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por imperativo mandato de la Sentencia citada es, **sólo y exclusivamente** a dar cumplimiento a lo prevenido en el Artículo 66 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia y ello a los solos fines, de este Expediente Sancionador: fijar el porcentual reductor.

Montante de la sanción que, **a día de hoy deviene inmodificable** por cuanto la misma se encuentra pendiente ante la Excm. Sala Tercera del Tribunal Supremo (Recurso ordinario de Casación) por disconformidad en su cuantía.

Por lo que esta SALA DE COMPETENCIA carece de competencia objetiva y funcional para modificarlo y debe estar a resultas de lo que finalmente se disponga en

sentencia firme. Por ello, los cálculos que las Ponentes realizan carecen de efectividad **en este momento procesal**.

De ahí que, reiteremos una vez más que el objeto de esta Resolución se contrae exclusivamente a reconocer a la empresa PRODUCTOS COSMÉTICOS SLU (WELLA) **“el derecho a ver reducido el importe de la multa”** porcentual que la Ponencia fija en el 40% **y sin motivación alguna** y este Consejero Ponente Discrepante fijó en el 50% **motivándolo** *“por consecuencia de los daños y perjuicios que le fueron ocasionados, al verse obligada a acudir a la vía de los recursos en orden a obtener satisfacción judicial a sus pretensiones: vulneración de derechos fundamentales”*.

**4º** Es de mi interés acompañar con este Mi Voto Particular Discrepante, copia de mi Propuesta de Resolución elevada al pleno de esta SALA DE COMPETENCIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el día 17 de Julio del 2014, que relaciono y numero como **ANEXO I.-**

**SEGUNDO.-** Esta Resolución aprobada por mayoría simple, excediéndose en sus facultades y funciones, **extemporáneamente** aborda la cuantificación de la sanción impuesta y fijada, al día de hoy y hasta sentencia firme, en la cantidad de **€uros 12.032.000**.

Y lo hace, **hoy extemporáneamente**, al amparo de una adoptada Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia sobre el programa de Clemencia de 17 de Junio del 2013 (BOE nº 196 de 16 de Agosto de 2013) **estando pendiente la Sentencia a dictar por la Sala Tercera del Tribunal Supremo (Recurso de Casación)** en el que se impugna el montante-cuantía de la sanción impuesta.

Ése será el momento procesal oportuno para resolver sobre el fondo (cuantificación de la sanción).

Así, por este **MI VOTO PARTICULAR** lo pronuncio, mando y firmo en Madrid, fecha **ut supra**.