

RESOLUCIÓN (Expte. S/0224/10 COLOMER)

Consejo:

Sres.:

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. María Jesús González López, Consejera
D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 29 de Junio de 2011

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), con la composición arriba expresada, y siendo Ponente la Consejera D^a M^a Jesús González López, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente S/0224/10 COLOMER, incoado por la Dirección de Investigación con fecha 10 de febrero de 2010, contra THE COLOMER GROUP SPAIN, S.L. (COLOMER), por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La Resolución de 21 de enero de 2010 del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, (en adelante, el Consejo de la CNC o el Consejo), en el expediente S/0084/08 FABRICANTES DE GEL 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 mismos (...)”*, sancionándolas en consecuencia.

Asimismo en dicha Resolución el Consejo 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 de Derecho Decimoprimeros de la presente Resolución”*.

En el citado Fundamento de Derecho Decimoprimer, el Consejo de la CNC considera que *“la conducta seguida por COLOMER le acredita su participación en un intercambio de información que se originó el 1 de diciembre de 2005, en una reunión en la que se constituye el cártel objeto del presente expediente. De dicha participación se derivan indicios de una conducta, que 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 los intercambios de información. Por ello, el Consejo no puede ahora pronunciarse sin que se realice la instrucción a la que insta a la DI”*.

2. De acuerdo con el mandato del Consejo y de conformidad con lo establecido en el apartado 1 del artículo 49 de la LDC, el 10 de febrero de 2010, la DI acordó la incoación del expediente sancionador S/0224/10 contra THE COLOMER GROUP SPAIN, S.L. (en adelante, COLOMER), por la existencia de indicios de infracción del artículo 1 de la LDC, incorporando al expediente lo actuado en relación con dicha empresa en el expediente S/0084/08, Fabricantes de Gel, de acuerdo con lo establecido en el artículo 30 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (RDC).
3. El 11 de marzo de 2010, COLOMER presentó un escrito alegando la nulidad de la Resolución del Consejo de la CNC de 21 de enero de 2010, dictada en el Expte. S/0084/08, solicitando el archivo del nuevo expediente incoado con el número S/0224/10.
4. El 13 de abril de 2010, en base al artículo 30 del RDC y conforme a lo determinado en el acuerdo de incoación del expediente S/0224/10, se procedió por la DI a la incorporación al expediente de referencia de determinados documentos del Expte. S/0084/08, considerados necesarios para la instrucción del mismo, notificando a COLOMER la documentación incorporada, así como a HENKEL IBÉRICA, S.A. (en adelante, HENKEL), en cuanto que parte de dicha información, fue aportada por esta empresa en el citado expediente, concediendo a ambas empresas el correspondiente plazo de alegaciones. La documentación incorporada a este expediente ha sido la siguiente:
 - 1) Resolución del Consejo de la CNC de 21 de enero de 2010, así como su posterior corrección mediante acuerdo de 28 de enero de 2010.
 - 2) Poderes de representación de THE COLOMER GROUP SPAIN, S.L., aportados en el expediente S/0084/08.
 - 3) Acta de la inspección realizada en la empresa SARA LEE HOUSEHOLD AND BODY CARE ESPAÑA, S.L. (en adelante, SARA LEE), en el marco del expediente S/0084/08.
 - 4) Documentación en papel recabada en la inspección realizada en COLOMER en el marco del expediente S/0084/08.

- 5) Escrito presentado por los representantes legales de COLOMER GROUP, el 6 de febrero de 2009 en el expediente S/0084/08.
 - 6) Contestación al requerimiento de información realizado por la DI en el marco del expediente S/0084/08, sobre precios y formatos comercializados por COLOMER.
 - 7) Correo electrónico enviado por HENKEL a SARA LEE.
 - 8) Contestación al requerimiento de información realizado por la DI en el marco del expediente S/0084/08, sobre estructura accionarial de la empresa COLOMER.
 - 9) Alegaciones de COLOMER al Pliego de Concreción de Hechos del expediente S/0084/08.
 - 10) Alegaciones de COLOMER a la Propuesta de Resolución del expediente S/0084/08.
5. COLOMER presentó escrito de alegaciones el día 19 de abril de 2010, en el cual solicitaba la incorporación de la totalidad de los documentos del Expte. S/0084/08.
6. El 19 de mayo de 2010, en base al artículo 30 del RDC y conforme a lo determinado en el acuerdo de incoación del expediente S/0224/10, se procedió por la DI a la incorporación al expediente de referencia de otros documentos del Expte. S/0084/08, considerados necesarios para la instrucción del expediente S/0224/10, notificando a COLOMER la documentación incorporada, así como a SARA LEE y a PUIG BEAUTY & FASHION GROUP, S.L. (en adelante, PUIG), en cuanto que parte de dicha información fue aportada por estas empresa en el citado expediente, concediendo a las empresas notificadas el correspondiente plazo de alegaciones. La documentación incorporada al expediente ha sido la siguiente:
- 1) Versión censurada de las alegaciones al Pliego de Concreción de Hechos presentadas por los representantes legales de PUIG en el marco del expediente S/0084/08.
 - 2) Versión censurada de las alegaciones a la Propuesta de Resolución presentadas por los representantes legales de SARA LEE en el marco del expediente S/0084/08.
7. Con fecha 26 de mayo de 2010 la DI envió requerimientos de información a HENKEL, SARA LEE y PUIG acerca de la información intercambiada a que se refiere el Fundamento de Derecho Decimoprimer de la Resolución del Consejo y del momento en que las citadas empresas tuvieron conocimiento de que COLOMER no iba participar en el acuerdo. El mismo día envió requerimiento de información a COLOMER con las mismas cuestiones y otras adicionales sobre el mercado relevante.

8. El 1 de junio de 2010 tiene entrada en la CNC escrito de contestación de SARA LEE, alegando la imposibilidad de contestar al requerimiento debido a que el directivo implicado en el cártel había abandonado la empresa (folios 479 a 480).
9. El 7 de junio de 2010 se recibieron las contestaciones de PUIG y HENKEL (folios 483 a 487) y el 8 de junio de 2010 se recibió la respuesta de COLOMER a los requerimientos de información realizados por la DI.
10. De acuerdo con lo previsto en el artículo 50.3 de la LDC, el 14 de septiembre de 2010, la DI notificó a COLOMER el Pliego de Concreción de Hechos (folios 517 a 540).
11. El 1 de octubre de 2010 tuvo entrada en la CNC escrito de alegaciones de COLOMER (folios 541 a 551). COLOMER señala que su actuación no constituye una infracción de las normas de defensa de la competencia, puesto que no ha participado en ninguna reunión constitutiva de un cártel, que el contenido de este PCH versa sobre los mismos hechos que el Expediente S/0084/08, lo que debería llevar a la declaración de caducidad por aplicación del artículo 36.1 de la LDC. Por todo ello solicita, que se proceda a elaborar propuesta de resolución señalando que no ha quedado acreditada la comisión por parte de dicha empresa de prácticas prohibidas por la LDC. No propone práctica de prueba.
12. Conforme a lo previsto en el artículo 33.1 del RDC, el 5 de octubre de 2010, la DI procedió al cierre de la fase de instrucción notificándolo a COLOMER con esa misma fecha (folios 552 a 556).
13. Con fecha 7 de octubre de 2010 la DI notificó a COLOMER la Propuesta de Resolución, concediéndole un plazo para alegaciones de quince días. (folio 583).
14. Con fecha 25 de octubre de 2010 COLOMER remitió escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución (folios 612 a 643), en el que reitera lo dicho en las alegaciones al PCH.
15. De acuerdo con lo previsto en el artículo 50.4 de la LDC con fecha 25 de octubre de 2010, la DI elevó al Consejo, su Informe y Propuesta de Resolución en la que propone el archivo de las actuaciones llevadas a cabo contra THE COLOMER GROUP SPAIN, S.L. (COLOMER), porque considera que no está acreditada ni su participación en el cártel, ni el que hubiera llevado a cabo otra conducta autónoma de intercambios de información en relación con el mismo cártel.
16. Por Acuerdo de 12 de abril de 2011 el Consejo de la CNC procedió a modificar la calificación jurídica que la Dirección de Investigación hacía en su Propuesta de Resolución al Consejo de los hechos acreditados en el expediente S/0224/10 COLOMER, comunicándolo a la DI y dando a la interesada 15 días para alegaciones y, en su caso, propuesta de nuevas pruebas. Asimismo de acuerdo con lo previsto en el artículo 37.1 apartado f) de la Ley 15/2007 se suspendía el plazo de resolución.

17. Recibido en el Consejo el Informe de la DI de 27 de abril de 2011, y las alegaciones de COLOMER de 4 de mayo de 2011, por Acuerdo de fecha de 5 de mayo de 2011, se reanuda el cómputo del plazo para resolver. El imputado no ha propuesto nuevas pruebas.
18. El Consejo en su reunión de 25 de mayo de 2011, y conforme con lo previsto en el artículo 51.1 de la LDC, acordó practicar una actuación complementaria y ordenar a la DI que solicitara a COLOMER información sobre volumen de negocios. Por escrito de 7 de junio de 2011 COLOMER presento alegaciones al Acuerdo del Consejo y por escrito de 9 de junio de 2011 ha aportado los datos solicitados.
19. El Consejo ha terminado de deliberar sobre el asunto en su reunión de 22 de junio de 2011.
20. Es interesado THE COLOMER GROUP SPAIN, S.L. (COLOMER).

HECHOS PROBADOS

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.à.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 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 REUNION 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. (“PUIG”), 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 llevar a 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 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 S/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.”

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Normativa aplicable. La conducta que se le imputa a COLOMER, tras la recalificación llevada a cabo por el Consejo en Acuerdo de 12 de abril de 2011, participación en la creación del cártel de fabricantes de gel sancionado en la Resolución del Consejo de 21 de enero de 2010, habría tenido lugar en el periodo que va desde 1 de diciembre de 2005 a 8 de febrero de 2006, por tanto, toda ella se habría desarrollado bajo la vigencia de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

Puesto que la incoación inicial del expediente a COLOMER se produjo el 16 de junio de 2008, su tramitación se ha realizado conforme a las normas procesales de la Ley 15/2007, pues así resulta, sensu contrario, de lo establecido en la Disposición Transitoria Primera del citado texto legal, en el que se señala que

“Los procedimientos sancionadores en materia de conductas prohibidas incoados antes de la entrada en vigor de esta Ley se tramitarán y resolverán con arreglo a las disposiciones vigentes en el momento de su inicio.”

Teniendo en cuenta que en la Resolución de 21 de enero de 2010, en el expediente S/0084/08 Fabricantes de Gel, que sanciona el cártel en el que ahora se le imputa la participación a COLOMER, el Consejo aplicó la Ley 16/1989 en lo sustantivo y la Ley 15/2007 en lo referente al procedimiento, el Consejo mantendrá la misma normativa como base jurídica en esta Resolución, entre otras razones, porque la aplicación en lo sustantivo de una u otra Ley es indiferente, porque la conducta regulada y prohibida por el artículo 1 de ambas leyes es idéntica.

CUESTIONES PROCEDIMENTALES -

Segundo.- Caducidad del procedimiento. La representación de COLOMER que reconoce los hechos probados, es decir la participación de su representada en la reunión de 1 de diciembre de 2005, aunque discrepa con la calificación de infracción de su actuación, como veremos posteriormente en el fundamento correspondiente, centra sus alegaciones fundamentalmente en cuestiones procedimentales y en concreto, en la caducidad del procedimiento y en la prescripción de la infracción.

Defiende la representación de COLOMER, en los diversos escritos de alegaciones presentados a lo largo de este expediente, la caducidad del procedimiento, por haberse sobrepasado el plazo máximo de dieciocho meses previsto en el art. 36.1 de la LDC, desde la incoación del procedimiento correspondiente al expediente S/0084/08. A este respecto, entiende que la incoación del nuevo procedimiento (el actual, S/0224/10, no es más que un artificio o fraude de ley, tendente directamente a evitar la aplicación del plazo de caducidad del procedimiento y a ganar tiempo, puesto que el nuevo procedimiento sancionador versa exactamente sobre los mismos hechos que el expediente anterior S/0084/08. A su juicio, lo que el Consejo debería haber hecho es, en el marco del expediente S/0084/08, ordenar a la DI la práctica de las actuaciones complementarias que estimase oportunas y necesarias, y en caso de discrepancia con la calificación contenida en la Propuesta de Resolución, haber adoptado un acuerdo de modificación de la calificación jurídica, tal y como ha sucedido en el ámbito del presente expediente.

Sobre este supuesto “fraude de ley” artificioosamente promovido mediante la decisión de instar la apertura de un nuevo procedimiento, este Consejo considera necesario efectuar las siguientes precisiones.

En primer término, y con carácter previo, debe recordarse a la imputada que ella misma, haciendo uso de su derecho a recurrir, ha impugnado ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (recurso nº 221/10), la Resolución del Consejo de 21 de enero de 2010, que es en la que se interesaba a la DI a la incoación de nuevo expediente sancionador contra COLOMER. Ello determina, como resulta evidente, que deba ser en sede de dicho recurso, y no en este expediente, donde se discuta la conformidad a

derecho o no de dicha decisión, así como los defectos que COLOMER le imputa, siendo uno de ellos, el haberse acordado en fraude de ley, la incoación de un nuevo procedimiento.

Entre tanto, y en la medida en que la citada Resolución, conforme al artículo 57 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, goza de presunción de validez y plena eficacia, únicamente cabe analizar la caducidad desde el momento de incoación del presente expediente, que, recordemos una vez más, aunque directamente vinculado, tiene sustantividad propia respecto del S/0084/09. Desde esta perspectiva, no admite discusión que desde la incoación del presente expediente, el 10 de febrero de 2010, hasta el momento de dictarse esta resolución no ha transcurrido el término a que hace referencia el artículo 36.1 de la LDC.

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 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 opción elegida por el Consejo, amparada por la normativa aplicable al caso, no es por tanto un artificio, ni una forma de prolongar de forma indefinida el expediente contra COLOMER. En consecuencia, procede desestimar la primera alegación.

Tercero.- Prescripción. Argumenta la representación de la mercantil interesada en su escrito de 4 de mayo de 2011, que en el caso de que el Consejo concluyera que el procedimiento no ha caducado, al considerar que los expedientes S/0084 y S/0224 constituyen dos procedimientos autónomos, debería considerar la infracción imputada prescrita en aplicación del artículo 68.1 de la LDC, puesto que han transcurrido más de cuatro años desde el cese de la infracción y la notificación formal de la incoación del presente expediente, que se produjo el 11 de febrero de 2010.

Fundamenta su alegación COLOMER en que la conducta ahora imputada se desarrolla desde el 1 de diciembre de 2005 a 8 de febrero de 2006, y sostiene que el plazo de prescripción sólo se ve interrumpido cuando existe un acto de la Administración, que suponga la imputación de una determinada infracción, aunque en el párrafo siguiente reconoce que el plazo de prescripción puede entenderse interrumpido desde la fecha de incoación del expediente, al considerar que la interrupción del plazo se ha producido por primera vez, el 11 de febrero de 2010, fecha de notificación formal de la incoación del nuevo procedimiento.

Pues bien, este Consejo entiende que la última declaración, sobre la que se sostiene la alegación, carece manifiestamente de sustento jurídico, toda vez que el artículo 68.3 de la LDC determina con meridiana nitidez que, *“la prescripción se interrumpe por cualquier acto de la Administración con conocimiento formal del interesado tendente al cumplimiento de la Ley”*. Es indudable, por lo tanto, que todas las actuaciones desarrolladas en el seno del procedimiento, el S/0084/08, incoado entre otras empresas contra COLOMER y del cual se deriva directamente el presente procedimiento, así como también las actuaciones previas anteriores a la incoación del expediente son actos de la CNC, tendentes al cumplimiento de la Ley, y por tanto, interrumpieron la prescripción de la infracción analizada. Así y solo así, puede interpretarse tanto el precepto mencionado de la LDC como el art. 132.2 de la LRJ-PAC. Baste citar, a este respecto, la reciente sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 12 de mayo de 2011, donde en su fundamento CUARTO, haciéndose eco de lo que constituye constante jurisprudencia, se afirma (énfasis añadido), *“Esta Sala entiende, con la CNC, que la prescripción se interrumpió tanto el día 27 de junio de 2006, en que se realiza la primera inspección, como el día 26 de junio de 2007 en que se inicia*

la segunda inspección, tratándose en ambos casos de actuaciones de investigación, tendentes a averiguar si se ha cometido una conducta contraria a la LDC realizadas con conocimiento formal del administrado, y ello aunque tuvieran lugar antes de iniciarse formalmente el expediente, sin que el hecho de que entre ellas transcurriera más de un mes determine la invocada prescripción”.

En consecuencia, si actos de investigación realizados con anterioridad a la incoación del expediente interrumpen la prescripción regulada en la LDC, con mayor razón la incoación y las posteriores actuaciones llevadas a cabo a lo largo de la tramitación del expediente S/0084/08, que constituyen el origen del nuevo procedimiento, gozan de ese mismo efecto interruptor.

Pero es que es más, aún cuando pudiera entenderse que la no imputación a COLOMER en el Pliego de Concreción de Hechos del expediente S/0084/09, de fecha 28 de mayo de 2009, hubiese reiniciado, que no reanudado, el cómputo prescriptivo, es evidente que desde dicha fecha, hasta el momento en que el Consejo instó a la Dirección de Investigación a la incoación de expediente sancionador contra dicha empresa, el 11 de enero de 2010, no ha transcurrido tampoco el término a que hace referencia el artículo 68 de la LDC.

Por consiguiente, la alegación de prescripción carece de fundamento y debe desestimarse.

Cuarto.- La infracción. La DI en su Propuesta de Resolución remitida a COLOMER el 7 de octubre de 2010 y en el Informe y Propuesta de Resolución, que la DI elevó al Consejo con fecha 25 de octubre de 2010, dice lo siguiente:

“A la vista de lo actuado, conforme al artículo 50.4 de la LDC, se propone que se proceda al archivo de las actuaciones contra THE COLOMER GROUP SPAIN, S.L. (COLOMER), al no haberse podido acreditar ni su participación en el cártel analizado en este expediente ni el que hubiera llevado a cabo conducta autónoma alguna en el ámbito de los intercambios de información en relación con este mismo cártel.”

Analizado dicho Informe y Propuesta de Resolución, el Consejo con fecha 12 de abril de 2011, procedió a la recalificación de la valoración jurídica de la conducta imputando a COLOMER una infracción del artículo 1 de la LDC, por haber formado parte del cártel que fue sancionado en la Resolución de este Consejo de 21 de enero de 2010, desde su inicio el 1 de diciembre de 2005 hasta el 8 de febrero de 2006.

Por tanto lo primero que debe resolver este Consejo en esta Resolución, es si visto el informe de la DI y las alegaciones de COLOMER al Acuerdo de Recalificación del Consejo, y teniendo en cuenta los hechos que constan como probados en el expediente, está acreditado que COLOMER tomó parte en el citado cártel de fabricantes de gel, constituido el 1 de diciembre de 2005 entre varias empresas del sector de cosmética. Y en ese supuesto, el periodo durante el cual formó parte del mismo y la responsabilidad que le corresponde.

El Consejo, en su Resolución de 21 de enero de 2010, y al margen de la participación de COLOMER en el mismo, ya ha calificado dicho cártel como una infracción muy grave del artículo 1 de la LDC, de acuerdo con el artículo 62 de la misma Ley.

El Consejo, sin ánimo de reiterar las consideraciones realizadas en el Acuerdo de Recalificación, quiere poner de manifiesto que su juicio está basado solo y exclusivamente, en la relación de hechos acreditados, que la DI recoge en su Informe y Propuesta de Resolución y teniendo en cuenta las alegaciones de COLOMER. De acuerdo con dicho informe y con los hechos acreditados que se recogen en el apartado Tercero de los Hechos Probados de esta Resolución, ha quedado fehacientemente acreditado, como de forma reiterada expone la DI en su informe lo siguiente:

“1) COLOMER participó en la reunión celebrada el 1 de diciembre de 2005, lo que reconoce la propia empresa, (HP Tercero, puntos 1, 2, 3 y 6),

2) Dicha reunión es la de creación del cártel. En la misma se acordó la fijación de incrementos de precios a través de la reducción de los formatos del gel de baño y ducha y el mantenimiento de los precios de los anteriores formatos de mayor capacidad, y la forma de implementar el acuerdo (HP Tercero, puntos 4, 5, 7 y 8), y

3) La empresa anfitriona de la segunda reunión, SARA LEE, y HENKEL contaban con la participación de COLOMER en la misma, como acredita el correo electrónico sobre los convocados remitido el 8 de febrero de 2006 por una secretaria de un directivo de HENKEL a la secretaria de un directivo de SARA LEE (HP tercero, punto 10).”

La propia DI en los Hechos probados del PCH de este expediente (punto 48 del IPR), dice lo siguiente: *“Por tanto, queda acreditado que la empresa COLOMER asistió y participó en esta primera reunión constitutiva del cártel celebrada el 1 de diciembre de 2005 y que el directivo de COLOMER asistente a dicha reunión tuvo conocimiento de los principales términos del acuerdo del cártel objeto de investigación en el Expte. S/0084/08, pues en dicha reunión se acordó reducir los formatos manteniendo el precio y se discutieron aspectos relacionados con la implementación de esta reducción de los formatos.”*

Por tanto está acreditado, y COLOMER así lo reconoce (HP Tercero, 1), que fue convocado junto con otros competidores a una reunión en la sede de un competidor y que asistió a la misma, voluntariamente, el 1 de diciembre de 2005. Y está acreditado que dicha reunión, primera del cártel, en la que se plantearon una serie de acuerdos, así como la forma y el calendario para implementarlos, contó con la presencia y aquiescencia de COLOMER, sin perjuicio de que no esté acreditada su participación activa, y que incluso algunos de los asistentes hayan calificado su participación de pasiva.

Por el contrario ni COLOMER ha aportado información que contradiga lo anterior, ni en el expediente existe información que permita entender que

COLOMER realizó manifestación pública alguna, desmarcándose del acuerdo del cártel, antes de la fecha de 8 de febrero de 2006.

Más aún, consta en el expediente la declaración reiterada de uno de los participantes en la segunda reunión celebrada el 13 de febrero de 2006, HENKEL, según la cual, fue en esa reunión en la que “*el representante de COLOMER, D (...) comunicó al resto de los asistentes su decisión de no llevar a cabo el cambio en los formatos*”. (HP Tercero, punto 15).

Es decir, la única manifestación concreta que consta del alejamiento público del cártel de COLOMER, sitúa la acción con posterioridad a la fecha en que este Consejo ha considerado el cese de la infracción por parte de COLOMER. Y por tanto, como dice la DI en su informe, la manifestación pública de realizarse, se hizo con posterioridad la 8 de febrero de 2006,

(72) Como ya se ha indicado en el apartado 4 de este PCH, de acuerdo con la información obrante en este expediente, dicha manifestación pública de COLOMER se realizó, en todo caso, en un momento posterior al 8 de febrero de 2006 y efectivamente se produjo. HENKEL sitúa dicha comunicación de COLOMER durante la reunión de 13 de febrero de 2006, pues mantiene la asistencia de un representante de dicha empresa a esta segunda reunión del cártel, mientras que SARA LEE, aunque niega la asistencia de COLOMER a dicha reunión, reitera que fue perfectamente consciente de la renuncia por parte de COLOMER a participar en el cártel.

Por tanto de acuerdo con la propia DI, consta acreditada la pertenencia al cártel de COLOMER desde el 1 de diciembre de 2005 hasta, al menos, el 8 de febrero de 2006, pues como también dice la DI apoyándose en jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, [STJUE de 19 de marzo de 2009, Archer Daniels Midlan Co/Comisión, Asunto C-510/06 P],

“En consecuencia, es la comprensión que los otros participantes en una práctica colusoria tienen de la intención de la empresa implicada lo determinante para apreciar si esta última pretendía distanciarse del acuerdo ilícito.”

El Consejo no puede por tanto compartir la valoración que finalmente la DI hace de los hechos acreditado, según la cual la actuación de COLOMER descrita anteriormente, no constituye una infracción de las normas de competencia, “*en la medida en la que no se ha acreditado que la información trasladada durante dicha reunión condicionara la política comercial de COLOMER o que dicho conocimiento produjese efectos en el mercado por parte de dicha empresa*”.

Un cártel es un acuerdo entre competidores destinado por principio a la fijación de precios o al reparto del mercado, en resumen, es sin duda alguna una infracción por objeto del artículo 1 de la LDC.

El artículo 1 de la LDC prohíbe, “*todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la*

competencia en todo o en parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio; b) La limitación o el control de la producción, al distribución, el desarrollo técnico o las inversiones; c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento [...]”.

Además, de acuerdo con la literalidad del precepto y con la jurisprudencia sólidamente asentada, para que exista infracción de las normas de competencia es suficiente que el acuerdo, ya sea expreso o tácito, o la práctica concertada, cumpla una de las siguientes tres premisas: a) que tenga por “objeto” impedir, restringir o falsear la competencia, aunque no lo consiga; b) que tenga el “efecto” de hacerlo, aunque no hubiera el propósito y, c) que, sin producir el “efecto” ni perseguirlo, tenga “aptitud” para ello.

Es decir tiene que cumplir una de ellas, por tanto las premisas son alternativas no acumulativas como reiteradamente han sentenciado los tribunales nacionales y comunitarios, (por todas la STJUE de 4 de junio de 2009, asunto C-8/08), que dice los siguiente a este respecto,

28. En lo relativo a la delimitación de las prácticas concertadas que tengan un objeto contrario a la competencia y de aquéllas que tengan un efecto contrario a la competencia, ha de recordarse que el objeto y el efecto contrarios a la competencia son condiciones no acumulativas sino alternativas para apreciar si una práctica está comprendida dentro de la prohibición del artículo 81 CE, apartado 1. (...)

Y añade,

29. Además, ha de señalarse que, para apreciar si un acuerdo está prohibido por el artículo 81 CE, apartado 1, la toma en consideración de sus efectos concretos es superflua cuando resulta que éste tiene por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común (...).

El objeto restrictivo del cártel de geles ha quedado sólidamente sentado en el Fundamento TERCERO de la Resolución del Consejo de 21 de enero de 2010, en la que el Consejo comparte la valoración de la DI de que, “*el acuerdo adoptado era por su objeto restrictivo de la competencia (H.A. 3.1)*”.

Por tanto al margen de que la no implementación por parte de COLOMER de los acuerdos tomados el 1 de diciembre de 2005, puedan o deban ser tenidos en cuenta a la hora de fijar la multa, este Consejo reafirma que la participación en la reunión de creación de un cártel y la vinculación al mismo durante un periodo de tiempo, aunque sea mínimo, sin renunciar de forma expresa a participar en el mismo o de distanciarse de una forma lo suficientemente clara, para que el resto de los miembros del cártel sean conscientes de esa situación, supone la participación en el cártel y es por tanto una infracción por objeto del artículo 1 de la LDC en la que ha incurrido COLOMER.

La DI en sus alegaciones al Acuerdo de Recalificación del Consejo, ratifica la acreditación indubitada de los hechos recogidos en el Informe respecto a la participación de COLOMER en la reunión de formación del cártel, pero se ratifica en su valoración porque considera acreditado que COLOMER hizo manifestación pública y expresa de su separación:

“Por todo ello, esta DI consideró en su Informe que el mero conocimiento por parte de COLOMER de la información trasladada durante la reunión constitutiva del cártel de 1 de diciembre de 2005, seguida por su manifestación expresa comunicada a las demás empresas del cártel de no formar parte de éste, no constituye por parte de COLOMER una infracción de las normas de competencia por el objeto ni ha generado efectos restrictivos de la competencia, en la medida en la que no se ha acreditado que la información trasladada durante dicha reunión condicionara la política comercial de COLOMER o que dicho conocimiento produjese efectos en el mercado por parte de ésta.

Dado que ha quedado acreditado que dicha manifestación pública de COLOMER se realizó, esta DI considera que el distanciamiento expreso de COLOMER a participar en el cártel se produjo y que las demás empresas participantes en el cártel fueron conscientes de la renuncia de COLOMER a participar en el mismo, una vez manifestada de forma pública y expresa su decisión de no formar parte del cártel tras asistir a la primera reunión constitutiva del mismo”.

La DI no define a que declaración se refiere ni cuando fue realizada dicha declaración y el Consejo no ha encontrado en el expediente ninguna declaración pública ni expresa de COLOMER de no participación en el cártel, sino que debe darse por entendida la separación del cártel, de su no participación en la segunda reunión. Es más la propia DI reconoce en sus alegaciones a la recalificación que no está definido el momento en que se produjo dicha manifestación, y afirma que se produjo en un momento posterior al 8 de febrero de 2006:

“Esta DI considera que queda abierta la cuestión relativa al momento en que se produjo efectivamente dicha manifestación y que es este elemento el que determina la atribución de responsabilidad a COLOMER por parte del Consejo de la CNC, en cuanto a su permanencia en el cártel hasta dicho momento.

De acuerdo con los hechos acreditados y sin que la propia COLOMER haya aportado información al respecto que pudiera dilucidar dicha cuestión, la citada manifestación de COLOMER se produjo en un momento posterior al 8 de febrero de 2006, discrepando al respecto las demás empresas participantes en el cártel”.

La DI está de acuerdo con el Consejo y se ratifica en que está fehacientemente acreditado que COLOMER formó parte del cártel desde su inicio hasta, al menos 8 de febrero de 2006. Ahora bien, afirmando la participación de

COLOMER en el cártel, la DI también se ratifica en su valoración jurídica con los siguientes argumentos:

“Sin embargo, al margen del momento temporal en el que dicha manifestación se realizó, esta decisión no se dilató de forma significativa en el tiempo y apenas mes y medio después de la constitución del cártel, las demás empresas del cártel eran plenamente conscientes de la decisión de COLOMER de no formar parte de dicho cártel. En base a ello, teniendo en cuenta el período temporal señalado y que la manifestación pública y expresa de COLOMER ha quedado fehacientemente acreditada, esta DI reitera lo ya indicado en su Propuesta de Resolución, considerando que la participación de COLOMER en la reunión constitutiva del cártel, seguida por su manifestación expresa comunicada a las demás empresas del cártel de no formar parte de éste, no constituye una infracción de las normas de competencia, en la medida en que no se ha acreditado que la información trasladada durante dicha reunión condicionara su política comercial o que dicho conocimiento produjese efectos en el mercado por parte de dicha empresa”.

Por las razones más arriba expuestas y de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria respecto a las infracciones por objeto del artículo 1 de la LDC, de la que el cártel es su máximo exponente, este Consejo no puede aceptar que la actuación de COLOMER no sea calificada y sancionada como una infracción muy grave de la LDC, y menos aún que esta valoración de la DI, se apoye en lo que considera una ausencia de acreditación de efectos. La información conocida por COLOMER en la reunión de 1 de diciembre de 2005, no pudo dejar de ser tomada en cuenta por COLOMER en sus tomas de decisiones y por tanto, no se puede aceptar como dice la DI, que no está acreditado que condicionara su política comercial o que no produjese efectos en el mercado. Lo que no está acreditado, que es cuestión muy distinta, es que COLOMER haya seguido los acuerdos, puesto que no ha reducido los tamaños de los envases.

Porque como ya ha recordado este Consejo en su Resolución de 21 de enero de 2010, la STJUE de 7 de enero de 2004 (asuntos acumulados C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219-00 P, en adelante sentencia Aalborg), en el párrafo (§ 84) dice que, con independencia de que se apliquen o no los resultados de la reunión, *“la aprobación tácita de una iniciativa ilícita sin distanciarse públicamente de su contenido o sin denunciarla a las autoridades administrativas produce el efecto de incitar a que se continúe con la infracción y pone en riesgo que se descubra. Esta complicidad constituye un modo pasivo de participar en la infracción que puede conllevar, por tanto, la responsabilidad de la empresa en el marco de un acuerdo único.”*

Ahora bien, todos estos aspectos deben ser tenidos en cuenta y así lo hará este Consejo a la hora de fijar la sanción, pero no reducen en nada la gravedad de la infracción que supone participar en la creación de un cártel, sin desmarcarse de forma inequívoca e inmediata del mismo, porque como dice la Sentencia de Aalborg antes citada, (§ 86), *“el hecho de que una empresa no*

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

Quinto.- Alegación respecto al inicio del cártel. COLOMER reconoce su participación en la reunión de 1 de diciembre de 2005, pero remitiéndose a declaraciones del expediente S/0084/08 y en este expediente alega que, *“dicha reunión no puede ser considerada la de constitución del cártel, porque en la misma no se adoptó ningún acuerdo, sino que se presentaron los términos del acuerdo para adoptarlos en la segunda, donde recuerda no se le imputa haber participado”.*

A estos efectos este Consejo solo tiene que recordar que en su Resolución de 21 de enero de 2010, declaró acreditada la creación del cártel desde 1 de diciembre de 2005, calificando en el Fundamento TERCERO a esta primera reunión, como el punto de partida del cártel en el que las propuestas y aquiescencia de unos y la falta de pronunciamientos de otros, creó el entendimiento de que existía un consenso en seguir las propuestas realizadas por PUIG.

COLOMER reconoce la asistencia a esa reunión y reconoce en su escrito de 6 de febrero de 2009 incorporado a este expediente (HP Tercero, punto 1), que el representante de COLOMER en la misma no se pronunció (énfasis añadido).

“(…) 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”.

Por tanto a juicio de este Consejo la participación, reconocida, en la reunión de constitución del cártel y el silencio mantenido por el representante de COLOMER en la misma, que según el dicho popular, de que quién calla otorga, debe ser entendido como aceptación de las propuestas allí realizadas, sitúan a COLOMER como parte integrante de la creación del cártel.

Sexto.- El distanciamiento de COLOMER del cártel. Alega COLOMER que las demás empresas conocían el distanciamiento de COLOMER desde el primer momento, y argumenta que no puede presentar prueba porque el distanciamiento se produjo de forma verbal, *“poco después de celebrada la reunión del 1 de diciembre”.*

Dice asimismo que el constar en un correo entre HENKEL y SARA LEE, no acredita que haya sido convocado a la reunión de 13 de febrero de 2006,

puesto que no es prueba suficiente la interpretación que de un correo hace un solicitante de exención.

Pero lo que aquí se dilucida no es si COLOMER fue o no convocado a la segunda reunión del cártel, sino el hecho de que, acreditada su participación en la primera reunión, sería necesario acreditar su distanciamiento o al menos la fecha a partir de la cual los miembros del cártel, no lo consideraban parte del mismo, o como alega COLOMER, la fecha a partir de la cual los miembros del cártel son conscientes de su no participación en el mismo.

Los hechos acreditados no permiten deducir ese conocimiento del resto de competidores, al contrario. Consta en los hechos probados que el 8 de febrero de 2006, HENKEL y SARA LEE se intercambian un correo (HP Tercero, punto 10), en el que identifican, por empresa, los asistentes que van a convocar para la segunda reunión del cártel, así como las personas de contacto. Más aún, hay declaraciones de HENKEL, que el Consejo no ha tomado en consideración a la hora de fijar el final de la infracción, de que COLOMER hizo el pronunciamiento público de su no participación en el cártel en la segunda reunión (HP Tercero 15).

Pero incluso la DI, que en su valoración jurídica no considera acreditado que COLOMER participara en el cártel, dice en los hechos probados lo siguiente respecto al distanciamiento de COLOMER del cártel:

- (59) *Por tanto, de acuerdo con la información obrante en este expediente, continúa sin quedar acreditado que COLOMER participara en la segunda reunión del cártel de 13 de febrero de 2006. Únicamente, esta DI ha podido acreditar que COLOMER fue tenida en cuenta en la convocatoria de esta reunión y que, al menos, hasta ese momento, COLOMER no había manifestado a HENKEL su distanciamiento expreso del cártel. Este hecho se deduce por la DI teniendo en cuenta que el correo electrónico de 8 de febrero de 2006 fue enviado por HENKEL a SARA LEE, con la lista de los directivos a convocar para esta reunión en la que consta los datos del representante de COLOMER, por lo que podría concluirse que, salvo que mediara error material de la empresa convocante, hasta ese momento, COLOMER no había indicado a las empresas del cártel su decisión expresa de no participar en éste, puesto que si HENKEL hubiera tenido conocimiento de la decisión de COLOMER, los datos del representante de COLOMER no se habrían incluido en dicha convocatoria.*
- (60) *Por otra parte, dado que COLOMER no ha indicado a la DI el momento en el que se produjo efectivamente la comunicación mencionada a HENKEL y que tampoco ha presentado prueba alguna en contrario que desvirtúe la documentación obrante en este expediente, en concreto, el citado correo electrónico de 8 de febrero de 2006, esta DI podría considerar acreditado que dicho distanciamiento expreso de COLOMER del cártel, de producirse, se realizó con posterioridad al 8 de febrero de 2006.*

El propio COLOMER no ha concretado en sus múltiples escritos y alegaciones, ni el lugar, ni la forma, ni la fecha de este distanciamiento, como se deduce de los términos utilizados en las reiteradas alegaciones que hizo sobre el tema y en particular, en las realizadas el ocho de junio de 2010 en respuesta a requerimiento de la DI en este expediente (subrayado añadido):

“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".

Es decir, que para refutar los hechos acreditados COLOMER podía haber aportado, y no lo hace, información contrastable, en su caso, sobre la fecha, a partir del día 1 de diciembre de 2005, en que hizo la comunicación verbal, el momento o situación en que la realizó, la persona o personas que hicieron la comunicación y a quien se lo transmitieron. Ninguna información de ese tipo que permita desmentir los hechos que constan en el expediente ha sido aportada por COLOMER en sus alegaciones.

Tampoco lo hace en sus alegaciones a la recalificación, en las que reitera que no puede considerarse prueba de haber sido convocado a la reunión de febrero de 2006, el correo antes citado entre HENKEL y SARA LEE.

Ahora bien, de no considerar este correo como la fecha final de su participación en el cártel y dado que está fehacientemente acreditado que formó parte de su creación y que no hay información que acredite su alejamiento del mismo, a no ser el hecho de que no asistiera a la segunda reunión de acuerdo, debería prolongarse el periodo de la infracción hasta dicha fecha, 13 de febrero de 2006.

Porque en efecto, frente a lo argumentado por COLOMER, a juicio de este Consejo tanto HENKEL como SARA LEE le consideran parte del cártel, al menos hasta 8 de febrero de 2006, fecha en la que ambas participantes en el cártel se intercambian la lista prevista de asistentes a la reunión de 13 de febrero de 2006, incluyendo en la misma a COLOMER.

Y no puede menos el Consejo que reiterar en este punto el párrafo (§ 81) de la Sentencia Aalborg antes citada y a la que se remite la Resolución de 21 de enero de 2010, (énfasis añadido),

“Según una jurisprudencia reiterada, basta con que la Comisión demuestre que la empresa afectada ha participado en reuniones en las que se han concluido acuerdos contrarios a la competencia sin haberse opuesto expresamente para probar satisfactoriamente la participación de dicha empresa en el cártel. Cuando la participación en tales reuniones ha quedado acreditada, incumbe a esta empresa aportar los indicios apropiados para demostrar que su participación en las reuniones no estaba guiada en absoluto por un espíritu contrario a la competencia, probando que informó a sus competidores de que ella participaba en las reuniones con unas intenciones diferentes a las suyas (véanse las sentencias de 8 de julio de 1999, Hüls/Comisión, C-199/92 P, Rec. p.I-4287, apartado 155, y Comisión/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, Rec. p.I-4125, apartado 96)””.

Séptimo.- Responsabilidad. Alega finalmente COLOMER que no puede ser responsable de una infracción porque en la citada reunión del 1 de diciembre de 2005, no se llegaron a acuerdos y que la mera participan en una reunión en la que uno de los asistentes anuncia sus planes, invitando al resto a sumarse no puede calificarse como infracción del artículo 1 de la LDC.

Este Consejo ya se ha pronunciado sobre ese extremo y como se recoge en el FD Quinto ha calificado la reunión de 1 de diciembre de 2005, como aquella en la que se establece el cártel, y en la que todas las empresas participantes conocen los términos del mismo y los plazos en que se van a llevar a cabo los acuerdos.

Y es responsable porque conociendo lo que se estaba tratando en a la reunión no mostró su disconformidad con la misma, ni avisó al resto de los participantes y desde luego, no alertó a las autoridades de competencia, por tanto remitiéndonos a lo recogido en el FD anterior de la Sentencia Aalborg, *“la aprobación tácita de una iniciativa ilícita sin distanciarse públicamente de su contenido o sin denunciarla a las autoridades administrativas produce el efecto de incitar a que se continúe con la infracción y pone en riesgo que se descubra. Esta complicidad constituye un modo pasivo de participar en la infracción que puede conllevar, por tanto, la responsabilidad de la empresa en el marco de un acuerdo único.”*

Y en igual sentido se pronuncia la Comisión en su COMUNICACIÓN (2011/C 11/01) sobre Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (DOUE 14. 01. 2011), que en su apartado 62 dice, *“Cuando una empresa reciba datos estratégicos de un competidor (ya sea en una reunión, por correo o electrónicamente), se presumirá que ha aceptado la información y ha adaptado en consecuencia su conducta de mercado a menos que responda con una declaración clara de que no desea recibir tales datos”*.

Por tanto de acuerdo con los fundamentos anteriores y con la jurisprudencia citada, este Consejo considera que COLOMER ha formado parte del cártel que fue sancionado en la Resolución de este Consejo de 21 de enero de 2010, desde su inicio el 1 de diciembre de 2005, hasta el 8 de febrero de 2006, y en consecuencia considera que es responsable de una infracción del artículo 1 de la LDC, calificada como muy grave según el artículo 62 de la misma Ley y que, en cumplimiento del artículo 63, deberá ser objeto de una sanción.

Octavo.- Multa.- Constatada la infracción por parte de COLOMER y su responsabilidad en la misma, para la fijación de la multa el Consejo se atenderá a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 16/1989, vigente en el momento en que tuvo lugar la conducta, según el cual el Consejo pondrá imponer multas de hasta 901.518 euros, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de negocio de la empresa sancionada en el ejercicio inmediatamente anterior.

Y define asimismo este artículo una serie de criterios para la graduación de la multa. El Consejo tendrá en cuenta estos criterios y siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo y en aras de alcanzar la debida proporcionalidad, tendrá en cuenta asimismo las circunstancias específicas del caso.

Y entrando ya a la aplicación de los criterios previstos en la Ley, por lo que se refiere a la modalidad y alcance de la restricción, es manifiesto que la participación en un cártel como el que nos ocupa, es decir acuerdo para reducir los tamaños de los envases de gel sin modificar el precio, supone una infracción muy grave y de alcance general.

Por lo que se refiere a la dimensión del mercado afectado y a su efecto sobre los consumidores, tal como se recoge en la Resolución de este Consejo de 21 de enero de 2010, el acuerdo va más allá de las marcas participantes en el mismo, líderes por otra parte del mercado de gel y, sirviendo de referencia para el resto de fabricantes de gel del mercado.

Por el contrario y a diferencia de las empresas ya sancionadas, el periodo en el que COLOMER no se desvinculó del cártel y por lo tanto, en el que participó en la comisión de la infracción, ha sido muy corto, poco más de dos meses.

Para tener en cuenta todos los aspectos relevantes del caso y fijar una multa que sea proporcional a la infracción cometida y a la capacidad de distorsión de la conducta sancionada, este Consejo ha solicitado a COLOMER el volumen de ventas realizadas en el periodo imputado de los productos afectados, los geles de baño y ducha, y según la información aportada, el volumen de negocios generado por The Colomer Group Spain, S.L. en la fabricación y venta de geles de baño y ducha en España, en el periodo de 1 de diciembre de 2005 a 8 de febrero de 2005 ascendió, según su propio prorrateo de los 8 días de febrero, a [Conf.] euros.

Asimismo el Consejo ha tenido en cuenta que en la citada Resolución de 21 de enero de 2010, se consideraba acreditado que el acuerdo entre competidores

para reducir el tamaño de los envases, había producido un incremento sobre el precio final de los productos afectados superior al 15 %.

Teniendo en cuenta toda la información anterior y las multas de que fueron objeto las participantes en el cártel sancionadas en la Resolución citada, el Consejo considera que a COLOMER le correspondería por participar en el cártel durante dicho periodo una multa de 200.356 euros.

Ahora bien el Consejo aprecia en la conducta de COLOMER circunstancias que considera atenuantes, a saber, COLOMER participó un periodo de tiempo muy corto, porque a partir de un momento puso fin a su participación dejando de asistir a las reuniones convocadas. Y, al margen de la influencia que haya podido tener en su estrategia comercial el conocimiento de los acuerdos que llevaron a cabo sus competidores, lo que la DI acredita de forma fehaciente en el expediente es que COLOMER no puso en práctica los mismos.

Por tanto a la vista de las circunstancias atenuantes citadas, el Consejo considera que una multa de 170.300 euros, es proporcionada a la infracción cometida por COLOMER y supone un elemento disuasorio a la hora de participar, aunque sea de forma pasiva, en las reuniones entre competidores tendentes a restringir la competencia.

En virtud de los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar que COLOMER es responsable de haber infringido el artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia al 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 hasta, al menos, el 8 de febrero de 2006.

SEGUNDO.- Imponer a COLOMER una sanción de ciento setenta mil trescientos (170.300) euros.

TERCERO.- Se insta a la Dirección de Investigación para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación de la CNC y notifíquese a COLOMER haciéndole saber que contra la misma no cabe recurso alguno en Vía Administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.