



Roj: **SAN 2660/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:2660**

Id Cendoj: **28079230062014100338**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **28/05/2014**

Nº de Recurso: **142/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **ANA ISABEL RESA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a veintiocho de mayo de dos mil catorce.

Visto el recurso contencioso administrativo núm. **142/2011** que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **ASOCIACIÓN NACIONAL DE PERFUMERÍA Y COSMÉTICA (STANPA)** representada por el Procurador Sr. Rodríguez Nogueira frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 7 de febrero de 2011, relativa a **expediente sancionador por incumplimiento de la Ley de Defensa de la Competencia**, con una cuantía de 901.518,16€, siendo codemandadas L'Oréal representado por el Procurador D. Manuel Lanchares Perlado y Ponente la Ilma. Sra. D^a ANA ISABEL RESA GOMEZ, Magistrada de la Sección.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO -. La representación procesal indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia mediante escrito de fecha 5 de abril de 2011. Por Decreto del Sr. Secretario se acordó tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO -. En el momento procesal oportuno la representación procesal de la actora formalizó la demanda mediante escrito en el que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando se dicte sentencia por la que con estimación del recurso se anule la resolución impugnada o, subsidiariamente se reduzca sustancialmente la sanción impuesta.

TERCERO -. El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la desestimación del recurso, peticiones que igualmente reiteró la codemandada en su escrito de contestación.

CUARTO -. Solicitado el recibimiento del pleito a prueba fue practicada la que propuesta se declaró pertinente con el resultado obrante en autos y tras evacuar las partes el trámite de conclusiones quedaron los autos conclusos y pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que tuvo lugar el día 13 de mayo de 2014 en el que efectivamente se deliberó, votó y falló, habiéndose observado en la tramitación del presente recurso todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO -. Es objeto de impugnación en este recurso contencioso-administrativo el acuerdo dictado por la Comisión Nacional de la Competencia el día 7 de febrero de 2011 en el expediente sancionador S/0155/09, incoado por la Dirección de Investigación de la CNC por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

SEGUNDO -. El resuelve de la resolución impugnada acuerda:

PRIMERO.- Declarar la existencia de conducta colusoria del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia de la que es autora la ASOCIACION NACIONAL DE PERFUMERIA Y COSMETICA (STANPA), consistente en un intercambio de información comercialmente sensible, apta para restringir la competencia, desde el 26 de enero de 2004 hasta el 8 de mayo de 2008.

SEGUNDO.- Imponer a la ASOCIACION NACIONAL DE PERFUMERIA Y COSMETICA (STANPA) como autora de la conducta infractora una multa sancionadora por importe de novecientos un mil quinientos dieciocho euros con dieciséis céntimos. (901.518,16 €).

TERCERO.- Intimar a la ASOCIACION NACIONAL DE PERFUMERIA Y COSMETICA (STANPA) para que en lo sucesivo se abstenga de cometer prácticas como las sancionadas u otras similares que puedan obstaculizar la competencia.

CUARTO.- Ordenar a LA ASOCIACION NACIONAL DE PERFUMERIA Y COSMETICA (STANPA) a que en el plazo de dos meses y a su costa, publique la parte dispositiva de esta Resolución en dos diarios de información general, entre aquéllos de mayor difusión de ámbito nacional.

QUINTO.- La ASOCIACION NACIONAL DE PERFUMERIA Y COSMETICA (STANPA) justificará ante la Dirección de Investigación de la CNC el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones impuestas en los anteriores apartados. En caso de incumplimiento de alguno de ellos, se le impondrá una multa coercitiva de 600 € por cada día de retraso.

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

TERCERO.- Son datos fácticos a tener en cuenta para la resolución del presente contencioso, los siguientes:

1.- El presente expediente trae causa de la información encontrada en las inspecciones simultáneas llevadas a cabo por la DI, de acuerdo con el artículo 40 de la LDC , en el marco de los expedientes sancionadores S/0084/08 Geles; S/0085/08 Dentífricos y S/0086 Peluquería Profesional, los días 17 y 19 de junio de 2008 en la sede de COLGATE PALMOLIVE ESPAÑA, S.A. (en adelante, COLGATE), y en las sedes de Madrid y Barcelona de la Asociación STANPA .

2.- Las inspecciones realizadas en las sedes de STANPA de Madrid y Barcelona fueron recurridas ante el Consejo de la CNC, que desestimó el recurso. Interpuesto recurso contencioso administrativo por protección de derechos fundamentales, la Audiencia Nacional, en Sentencia de 30 de septiembre de 2009 , estimó parcialmente el recurso por " *no ser ajustada a Derecho la Resolución y actuación administrativa impugnadas en cuanto el registro efectuado incidió sobre elementos fácticos ajenos al sector de productos de la peluquería profesional, y en consecuencia debemos anularla y la anulamos en tal extremo, ordenando la devolución de las copias de los documentos realizada por los inspectores ajena al ámbito de los productos de la peluquería profesional, sin expresa imposición de costas .* "

3.- En el análisis realizado en el marco de los citados expedientes de la información recabada en las inspecciones, la DI *detectó información que podía constituir una infracción de la LDC, consistente en intercambios de información comercial sensible llevada a cabo en determinados Comités de la Asociación STANPA.*

4.- Por escrito de 21 de mayo de 2009 la DI notifica a STANPA, dándole plazo para alegaciones, el acuerdo de la misma fecha que incorporaba a la DP/0034/08, determinada información en formato electrónico que había sido recabada en las inspecciones realizadas en las sedes de STANPA el 19 de junio de 2008, en el ámbito del expediente S/0086/08, Peluquería Profesional. Tras recibir las alegaciones de STANPA solicitando suspender y esperar al pronunciamiento de la Audiencia Nacional en el recurso sobre derechos fundamentales, la DI con fecha 30 de junio de 2009 rechaza las alegaciones de STANPA, quedando incorporada la información a la DP y al expediente (folios 484 a 3019).

5.- Considerando que en la información de la DP/0034/08 existían indicios de infracción de la LDC, el 2 de julio de 2009 la DI acordó la incoación de este expediente sancionador que fue notificado a STANPA el 3 de julio de 2009 (folios 3062 a 3068).

6.- Una vez incoado el procedimiento, por Acuerdo de la DI de 9 de febrero de 2010 se desglosa del expediente S/086/08 nueva información procedente de las inspecciones llevadas a cabo en STANPA, que se incorpora a este expediente (folios 3160 a 3320).

7.- El 21 de julio de 2010 la DI elevó al Consejo el Informe previsto en el artículo 50.5 de la LDC , incluida la Propuesta de Resolución en la que solicita se declare la infracción del artículo 1 de la LDC " *por recomendación de la asociación STANPA para el intercambio de información comercialmente sensible, apta para restringir la*

competencia en el ámbito de los productos cosméticos, en el ámbito de los Comités de Estética Profesional, Gran Consumo y Selectividad de STANPA, desde el 26 de enero de 2004 hasta el 8 de mayo de 2008". La DI propone asimismo que se le imponga la sanción prevista en el artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia para las infracciones muy graves.

CUARTO.- En cuanto a las Partes se señala que STANPA es, desde 1952, según el artículo 1 de sus Estatutos (folios 3798 a 3822), una Asociación de carácter empresarial, sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, capacidad de obrar y patrimonio propio e independiente del de sus miembros, que se rige por los citados Estatutos y los Reglamentos de orden interno o régimen interior aprobados por la Asamblea General, por los acuerdos válidamente adoptados por los Órganos de Gobierno, así como por lo establecido, con carácter general, en la legislación y disposiciones aplicables a las Asociaciones profesionales y sindicales.

Es desde 1952 la organización empresarial que representa al sector de la Perfumería y Cosmética en España, y pertenecen a la misma la mayor parte de las empresas que operan en el sector. Cualquier empresa, sea o no con carácter exclusivo, que fabrique, importe, distribuya y/o comercialice productos de perfumería, cosmética, peluquería, jabones, dentífricos, esencias y aromas o similares, dentro del territorio nacional, puede formar parte de STANPA. Las empresas asociadas son PYMES, empresas familiares, multinacionales, etc., cuyo perfil varía tanto por su actividad, como por su estructura.

De acuerdo con declaraciones realizadas por la Directora General de STANPA y que se recogen en el número 285 de la revista Técnica Industrial, de febrero de 2010, el número de asociados a STANPA era de 270, representando más del 90% del sector de la perfumería y cosmética en España. Un sector que según datos de la propia Asociación, facturó 4.500 millones de euros en el año 2009.

STANPA es miembro del Statistics Working Group de Colipa (Asociación Europea de Perfumería y Cosmética) y facilita información con carácter periódico a sus asociados de los canales de distribución, familias o categorías de productos, referida a los principales países de la Unión Europea, y sobre las principales tendencias de mercado desde el punto de vista de los canales de distribución, así como de las principales familias o categorías de productos.

Por lo que se refiere al mercado en el que tiene lugar la conducta la DI lo define como el de " *productos cosméticos vendidos por tres canales de distribución determinados, los denominados Gran distribución, estética profesional y selectivo* " .

Las conductas se desarrollan en el mercado de los cosméticos entendido con carácter general y en un sentido amplio que, como dice la DI basándose en precedentes nacionales y de la Comisión Europea, se puede clasificar en 5 categorías o segmentos, que a su vez podrían ser subdivididos:

"a) *Perfumería a base de alcoholes: perfumes, aguas de tocador y de colonia.*

b) *Productos cosméticos decorativos (productos de maquillaje): máscaras de belleza (con exclusión de los productos de abrasión superficial de la piel por vía química); maquillaje (líquidos, pasta, polvos); polvos de maquillaje, polvos para utilizar después del baño y para la higiene corporal; productos para los labios; productos para el cuidado y maquillaje de las uñas y productos para el maquillaje y desmaquillaje de la cara y los ojos.*

c) *Productos para el cuidado de la piel: este segmento incluye cremas, emulsiones, lociones, geles y aceites para la piel; productos de tratamiento; productos antiarrugas y productos solares.*

d) *Productos capilares: tintes y decolorantes; productos para moldear, para deslizar y fijar; productos que ayudan a mantener el peinado; productos para limpieza (lociones, polvos, champús); productos acondicionadores (lociones, lacas, brillantinas) y otros productos para el peinado.*

e) *Productos de aseo o cuidado corporal: jabón de tocador, jabón desodorante; productos para el baño y ducha (sales, espumas, aceites, geles); depilatorios; desodorantes y antitranspirantes; productos para el afeitado (jabones, espumas, lociones); productos para el cuidado bucal y dental y productos para el cuidado íntimo externo*

El presente expediente se centra en las conductas relacionadas con la comercialización de los productos cosméticos a través de los 3 canales citados, *Gran distribución* , *estética profesional* y *Distribución selectiva*, y no analiza las actuaciones de STANPA en la comercialización en los canales de comercialización directa, la venta en farmacias o la realizada por el canal de peluquería profesional. Las actuaciones en este último canal son objeto de un expediente sancionador separado.

De acuerdo con la información solicitada a STANPA (folio 3823), que consta en el informe de la DI (folios 6639 y 6640), en el año 2009 el sector cosmética facturó unos 4.500 millones de euros a precios de salida de fábrica,

de los cuales estos tres canales facturaron casi el 85%. Gran Consumo supuso el 53%, el canal selectivo el 30% y el de estética profesional el 1,5%.

Por el lado de la demanda el mercado de perfumería y cosmética en España tiene un consumo de unos 7.500 millones de euros y exporta por valor de unos 1.800 millones de euros al año.

El mercado geográfico afectado es el nacional puesto que la Asociación STANPA aglutina al 90% de las empresas del sector y cubre todo el territorio, aunque la localización de las empresas esté concentrada en Cataluña y Madrid.

QUINTO.- El Consejo de la CNC considera acreditado que las conductas que se le imputan a la Asociación, a saber, el Intercambio de tarifas en los Comités de Estética Profesional, Gran Consumo y Selectivo y el Panel de intercambio de marcas en el Comité de Selectividad, constituyen una infracción por objeto del artículo 1 de la LDC .

Se trata del intercambio de información, entre competidores, más dañino puesto que se intercambian precios actuales y futuros de una serie muy desagregada de los correspondientes productos. La información se distribuye a la vista a cada una de las empresas participantes en el intercambio, de forma que todas conocen las tarifas actuales y futuras de las demás. Las declaraciones de las actas de los Comités muestran la sistemática de los intercambios de tarifas, en el que tras recibirlas, STANPA las distribuye a los miembros del Comité, que disponen de ellas antes de la reunión y las tratan en la misma.

El intercambio de precios o tarifas, (también denominado eufemísticamente *entrega de catálogos*), no solo afecta a aquellos precios de futuro en vigor en el momento del intercambio, sino que, incluye la notificación con antelación de cualquier variación o modificación de las tarifas, lo que permite a las empresas coordinar y adaptar precios y estrategias.

El intercambio realizado por STANPA, que agrupa al 90% de las empresas del sector, de una información tan sensible como los precios presentes y vigentes en el futuro próximo tiene en sí mismo toda la aptitud para restringir la competencia en el mercado nacional de cosmética, reduciendo la independencia de las empresas que participaban en el mismo y facilitando la alineación de precios y dificultando la permanencia o el acceso de las empresas que no participaban en el intercambio.

En efecto, estos intercambios de información tanto los de precios como el del panel de marcas cuya información exhaustiva permite a las empresas conocer de forma puntal las actuaciones y las tendencias del resto de empresas desvelando a los competidores la conducta que va a seguir, anulan o reducen gravemente la incertidumbre estratégica, la independencia en las políticas comerciales y el incentivo para competir entre sí en precios, calidad o servicio.

SEXTO.- Alega la parte actora como fundamento de su pretensión anulatoria:

1.- Necesidad de suspender el presente procedimiento hasta que se resuelva el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 30 de septiembre de 2009, dictada en el recurso contencioso-administrativo 3/2008 .

2.- La documentación en la que se fundamenta la resolución no fue hallada casualmente en las inspecciones domiciliarias. La resolución valora erróneamente las numerosas pruebas que demuestran que los inspectores llevaron a cabo actuaciones encaminadas a obtener información y localizar documentación de stanpa ajenas al objeto de la inspección.

3.- La CNC valoró erróneamente la prueba obrante en el expediente administrativo relativa a la naturaleza de la información intercambiada.

4.- La resolución lleva a cabo un análisis incompleto y parcial de los intercambios de información que vicia de nulidad las conclusiones sobre la vulneración del art. 1 de la LDC .

5.- Ni los intercambios de catálogos ni los intercambios de marcas eran aptos para producir efectos restrictivos. Los intercambios de información no han producido efectos colusorios en el mercado.

6.- La duración de los intercambios de información fue menor que la referida en la resolución.

7.- Stanpa no puede ser considerada responsable de los intercambios de información.

8.- Subsidiariamente, calificación errónea como muy grave de la supuesta infracción cuya existencia se niega. Vulneración del principio de proporcionalidad.

SÉPTIMO.- Invoca en primer lugar la actora la necesidad de suspender el presente procedimiento hasta que se resuelva el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 30 de

septiembre de 2009, dictada en el recurso contencioso-administrativo 3/2008, que se interpuso contra la actividad administrativa consistente en el desarrollo, el día 19 de junio de 2008 de determinadas diligencias de inspección por parte de la CNC en las sedes de Stanpa en Madrid y Barcelona, así como contra la resolución de la CNC de fecha 3 de octubre de 2008, por la que se desestima el recurso interpuesto por la asociación recurrente contra dicha actuación inspectora.

Debemos señalar al respecto que dicho recurso de casación ya ha sido resuelto por STS de fecha 27 de abril de 2012, recurso de casación nº 6552/2009, y en cuyo fallo se estima el recurso contencioso administrativo interpuesto por STANPA en el proceso de instancia en la parte dirigida contra la actuación inspectora llevada a cabo el 19 de junio de 2008 en su sede de Barcelona por los funcionarios de la Comisión Nacional de la Competencia [CNC] y contra la resolución de 3 de octubre de 2008 del Consejo de la CNC, que desestimó la impugnación planteada contra esa concreta actuación inspectora de Barcelona; y anular estos actos administrativos por no ser conformes a Derecho y desestimar ese mismo recurso jurisdiccional de STANPA en la parte dirigida contra la actuación inspectora realizada en la fecha antes indicada en la sede de Madrid y contra la desestimación que, en relación con la impugnación administrativa planteada frente a esta segunda actuación inspectora, fue decidida por la mencionada resolución de 3 de octubre de 2008 del Consejo de la CNC, por ser conformes a Derecho estos actos administrativos en lo que ha sido objeto de discusión en este proceso.

Pero es que además consta que las presentes actuaciones vinieron motivadas, entre otras, por el acuerdo de fecha 15 de diciembre de 2008 en el que la DI desglosó determinada información de los expedientes S/0084/08 y S/0085/08 obtenida en la inspección de la sede de Colgate e inicio una información reservada en cumplimiento de lo previsto en el art. 49.2 de la LDC, incorporando a la misma dichos documentos, así como posteriormente determinada información en formato electrónico que había sido recabada en las inspecciones realizadas en las sedes de Stanpa el 19 de junio de 2008, en el ámbito del expediente S/0086/08 Peluquería Profesional. La propia resolución de la CNC, en dicho expediente S/0086/08 que ha sido objeto del recurso nº 202/11, mantuvo que *"En relación con la inspección realizada el 19 de junio de 2008 en la sede de STANPA en Barcelona, este Consejo, atendiendo a motivos de estricta prudencia, no va a tomar en consideración la documentación obtenida en la inspección, que por otra parte no resultan necesarios para constatar la existencia de la infracción imputada, dada la importante documentación probatoria aportada por los demandantes de exención y por la obtenida en las inspecciones a otros imputados y en la instrucción del expediente, tal y como se recoge en los Hechos Probados."*

De hecho consta en la resolución impugnada que: "De los hechos considerados acreditados por la DI en el Pliego de Concreción de Hechos se recogen a continuación en esta Resolución aquéllos que el Consejo considera relevantes para la resolución del expediente y que están debidamente acreditados y probados por la documentación procedentes tanto de las inspecciones realizadas en la sede de STANPA en Madrid y de COLGATE como de la información recabada por la DI en la instrucción del expediente". Es decir no se incluye la documentación procedente de la inspección en Barcelona.

De todo ello se deduce que la petición de la actora de suspensión del procedimiento carece de objeto.

OCTAVO.- A continuación alega la actora que la información y documentación utilizada por la CNC como prueba de cargo contra Stanpa no fue descubierta de forma accidental, sino que fue consecuencia de un proceso deliberado y premeditado de búsqueda.

Debemos recordar que las inspecciones pueden tener, de acuerdo con el nuevo régimen introducido por la LDC de 2007, un alcance amplio dentro de los límites marcados por el objeto de la investigación. Si de otro modo fuera, perderían toda su utilidad. El objetivo de una inspección de competencia es acceder a documentación que difícilmente será facilitada por la empresa de forma voluntaria, dada su condición de evidencia de una presunta infracción y su carácter secreto, que impide obtenerse por una vía distinta al ser documentación propia de la entidad.

En las inspecciones las búsquedas de información deben ser selectivas de acuerdo con criterios proporcionados, seleccionando tanto los ordenadores a revisar como, dentro de los mismos, los archivos y documentos que pueden contener información útil para la inspección. No deben realizarse en ningún caso búsquedas o copias indiscriminadas. La utilización de motores de búsqueda informáticos para localizar documentación relativa a un grupo de trabajo del Comité de Gran Consumo de Stanpa, no pueden más que confirmar que se hace una selección muy significativa de toda la información y documentación existente en una compañía.

Por las razones anteriores, los criterios de selección de información utilizados por la CNC durante las inspecciones deben ser estipulados por la DI, y no pueden ni deben ser conocidos con antelación por las empresas, que podrían cambiar la ubicación de la información o destruirla, impidiendo el cumplimiento del fin

de la inspección. Las posibilidades que brinda la moderna tecnología para eliminar documentación electrónica en breve tiempo y desde accesos remotos, (fuera del lugar donde se realiza la inspección), obliga a los funcionarios de la CNC a ser extremadamente cautelosos con los criterios de búsqueda que van a utilizar, para evitar la destrucción de posibles pruebas durante el transcurso de la propia inspección.

La reciente sentencia de esta Sala de 30 de septiembre de 2009, que resuelve un recurso contra la Resolución de la CNC de 3 de octubre de 2008 en materia de inspecciones, ha declarado que los criterios de búsqueda de documentos utilizados en las inspecciones no pueden ser confidenciales para el interesado, ya que determinan la selección de los documentos que serán copiados. La anterior afirmación no contradice la práctica desarrollada por la CNC, porque si es cierto que la Administración, no puede ni debe comunicar con antelación sus criterios de búsqueda o las pautas que, en cada supuesto concreto, sigue para determinar éstos, ya que ello frustraría los fines esenciales de la inspección, es manifiesto que dichos criterios son conocidos por la compañía afectada y por sus directivos, empleados y representantes legales cuando la inspección se realiza, ya que en todo momento acompañan a los inspectores en su búsqueda.

Eso es precisamente lo que ha sucedido en este caso, como se deduce de las alegaciones sobre la idoneidad de los criterios utilizados. En concreto, Stanpa alega que se utilizó como filtro la palabra "Grupo Directores" y "GDV", dato éste que no habría conocido si los inspectores hubieran ocultado dichos datos a los representantes o empleados de la empresa. En todo caso, la selección no puede ser tan restringida ni los criterios tan restrictivos como desean algunas compañías afectadas, porque ello privaría de toda eficacia a la actividad inspectora. Y en cualquier caso, no pueden ser las empresas las que deben decidir cómo se selecciona la información, ni mucho menos decidir sobre los criterios de búsqueda (incluidas las palabras clave), que la DI ha de utilizar.

Además, la alegación respecto a la excesiva amplitud de los criterios de búsqueda utilizados no va seguida de la acreditación de que mediante dichos criterios, se hayan obtenido documentos que no se encuentren relacionados con el objeto de la inspección y que hayan sido empleados en su perjuicio en el presente procedimiento, lo que, priva de toda virtualidad a lo alegado por la interesada e impide apreciar alguna de las vulneraciones invocadas a la hora de calificar la actuación inspectora.

Debe añadirse que el consentimiento a que se refiere el último párrafo del art. 40.2 de la LDC, es aplicable al acceso y precinto de locales, pero, una vez obtenido, no es necesario solicitarlo nuevamente para la copia de libros o documentación existente en la empresa, que se presume comercial y no personal por encontrarse en ordenadores utilizados con fines profesionales en un centro de trabajo. Por tanto, una vez autorizada la entrada en el domicilio, los inspectores pueden acceder a despachos y obtener copias de libros y documentación encontrada en la empresa, sin el consentimiento adicional de la persona afectada, de acuerdo con la LDC y la Orden de Investigación y con su condición de agentes de la autoridad.

NOVENO.- Y en cuanto a los restantes motivos la actora considera que la CNC ha valorado erróneamente la prueba obrante en el expediente administrativo relativa a la naturaleza de la información intercambiada, que ha llevado a cabo un análisis incompleto y parcial de los intercambios de información que vicia de nulidad las conclusiones sobre la vulneración del art. 1 de la LDC, que ni los intercambios de catálogos ni los intercambios de marcas eran aptos para producir efectos restrictivos y que de hecho no han producido efectos colusorios en el mercado y sostienen que la duración de los intercambios fue menor que la referida en la resolución, negando su responsabilidad en la comisión del ilícito.

Considera que los catálogos contenían información sobre precios pasados o actuales ya conocidos en el mercado y en todo caso, no referida a precios finales sino a tarifas recomendadas y que los intercambios de marcas contenían información histórica y agregada, por marcas y que la diversidad de tipos de productos y de referencias que se comercializan bajo una misma marca hacía imposible que cualquiera de las empresas que formaban parte el intercambio pudieran extraer alguna conclusión comercialmente relevante de los paneles elaborados por Stanpa.

Es así que la resolución ha atribuido a Stanpa una vulneración del art. 1 de la LDC sin haber analizado las condiciones de los mercados de referencia ni todas las características de la información intercambiada y añade que la periodicidad con la que se producían los intercambios, sumado al carácter público que en ese momento ya tenía la información intercambiada, hace que éstos no puedan considerarse aptos para reducir la incertidumbre en el mercado. Tampoco se ha acreditado que tales intercambios hayan producido efectos colusorios en el mercado.

No obstante de la documentación recabada por la inspección resulta lo siguiente:

1.- El Comité de Estética Profesional de STANPA se constituyó el 9 de marzo de 2004, en reunión celebrada en la sede de STANPA en Barcelona. En la convocatoria remitida el 1 de marzo, además del punto 1 del Orden

del Día de creación del Comité, ya incluía como puntos 2 y 3 del Orden del Día el *Intercambio de Tarifas 2004* y el *Procedimiento de elaboración del denominado PANEL DE PRODUCTOS Y VENTAS DEL 2003* (folios 719 y 720). Y el punto de intercambio de tarifas se mantuvo en el Orden de Día de todas las reuniones del Comité hasta la celebrada el 23 de mayo de 2007.

2.- *"Intercambio de Tarifas 2004.- Se acuerda que a través de STANPA, se proceda a intercambiar las Tarifas de todos los componentes del grupo.*

Queda el intercambio de la siguiente manera:

Tarifas entregadas a STANPA, para intercambio:...

Se pide que se reclamen las que faltan, y que se haga el envío definitivo, tanto a las personas que han asistido, como a los que han excusado o no han podido acudir.

El procedimiento a partir de ahora, será el que STANPA las solicite a cada una de las empresas, y las vaya remitiendo a medida que se reciban, y toda vez que no todas las confeccionan en la misma fecha, con cada envío se recordará a quienes no las hayan remitido todavía, que deberán hacerlo en cuanto las editen."

3.- Según correo de 18 de mayo de 2004 (folio 768), STANPA comunica a los 11 miembros del Comité que "el 14 de mayo de 2004 se había enviado "por correo convencional las TARIFAS DE PRECIOS de las empresas componentes de este grupo" y relaciona las 11 empresas a las que se les ha remitido y las fechas de vigencia de las tarifas de cada empresa (fechas que oscilaban entre octubre de 2003 y febrero de 2004). Al final solicita que si en unos días habían recibido los ejemplares lo comunicaran para proceder a un nuevo envío.

4.- El correo interno de STANPA de 3 de junio de 2005 adjuntaba dos cartas tipo para realizar el intercambio de tarifas, una específica de una empresa que remitió las tarifas con posterioridad a la reunión del Comité y otra para el envío de las tarifas de 2005 de las siguientes 10 empresas en las que recoge el tipo de información aportada (folios 786 a 792).

5.- El 11 de abril de 2007 STANPA envió por correo electrónico (folio 817) la convocatoria para la reunión anual del Comité de Estética Profesional que habría de celebrarse el 25 de abril de 2007, señalando como puntos del orden del día los siguientes:

- Normas de confidencialidad y reiteración de las Garantías a las Normas de Libre Competencia.

- Análisis de resultados estadísticos del Ejercicio 2006

- Intercambio de Catálogos".

En respuesta a este correo electrónico, el representante de una de las empresas del Comité de Estética Profesional envió un correo electrónico a STANPA el 17 de abril de 2007 confirmando la asistencia de dos personas y añade (folios 817 y 818):

"(...) PREGUNTARTE TAMBIÉN POR EL APARTADO DE ENTREGA DE CATÁLOGOS, SUPONEMOS QUE HABLÁIS DE LA LISTA DE PRECIOS, SI NO ES ASÍ, PODRÍAS ESPECIFICAR A QUE SE REFIERE CON "ENTREGA DE CATÁLOGOS" (...)". Otra empresa del Comité de Estética Profesional había planteado la misma cuestión días antes.

La respuesta del responsable de estadísticas de STANPA, enviada mediante correo electrónico el 12 de abril de 2007 fue la siguiente, confirmando que efectivamente la referencia a "catálogo" correspondía al listado de precios (folios 819 y 820) :

"(...), no es casual. Hemos querido poner a propósito "catálogo" y no "lista de precios" (aun tratándose de listas de precios), debido precisamente al tema que os comentaremos allí de la "defensa de la competencia".

Es sólo cuestión de formas, para evitar que ningún Comité en el futuro pueda ser cuestionado por alguna actividad que desde la defensa de la competencia pueda ser cuestionado.

En resumen, se trata de una cuestión formal y realmente de lo que hablamos es de listados de precios (...)."

6.- En lo que respecta al Comité de Gran Consumo: En la reunión del comité de Gran Consumo celebrada el 7 de junio de 2006, se acordó llevar a cabo un intercambio de tarifas de las empresas que formaban parte del Comité similar a los que se realizaban en otros comités como se recoge en el punto siguiente. La mecánica establecida para el intercambio de tarifas, según se deduce de los correos enviados por STANPA a los representantes del Comité, se instrumentalizó a través de la indicación fehaciente por parte de las empresas, de su voluntad de participar en el intercambio de tarifas mediante la firma de un formulario remitido por STANPA y que, en caso afirmativo, se devolvía cumplimentado a STANPA. En el mismo formulario, la empresa firmante se

comprometía a remitir 25 ejemplares de sus tarifas en vigor y sus posteriores actualizaciones, nombrando un interlocutor para este intercambio de tarifas.

El intercambio de tarifas quedó establecido según escrito del Director General de STANPA para el 1 de septiembre de 2006 (folio 2 y siguientes), con datos en principio, de 10 empresas que habían manifestado su voluntad de participar en el mismo, dando la posibilidad a la incorporación de más empresas siempre que dieran su conformidad en un formulario que se adjuntaba de nuevo al correo electrónico enviado el 17 de julio de 2006 por STANPA a los representantes del Comité de Gran Consumo (folios 2 y 4).

7.- En cuanto al Comité de Selectividad, se estaba llevando a cabo un intercambio de tarifas en vigor de sus productos, al menos desde el año 2006, tal como se deduce del correo enviado por el Director General de STANPA el 8 de junio de 2006 a los miembros del Comité de Gran Consumo, en el que se indicaba textualmente lo siguiente (folio 7):

"(...) STANPA viene realizando con las empresas del Comité de Selectividad, Comité de Peluquería y Comité de Estética Profesional, un intercambio formal de tarifas de precios de sus marcas. Este intercambio se está llevando a cabo con total satisfacción y regularidad de todos los participantes (...)". Constan en el expediente diversos correos electrónicos en los que diversas empresas dan respuesta a dicho requerimiento.

7.- Según se deduce de la Memoria de Actividades de STANPA de 2003 (folio 3367), en octubre de 2001 comenzó la implementación por STANPA del panel de intercambio de datos por marcas que se elaboraba, en un principio, con datos de 14 empresas del Comité de Selectividad que distribuían productos de 55 marcas y representaban el 70% del mercado, aumentando posteriormente en enero de 2006 a 18 el número de empresas participantes en el panel, según se puede ver en los Correos electrónicos remitidos por el responsable de estadísticas de STANPA a las empresas participantes en el panel de intercambio de marcas, adjuntando las estadísticas, (folios 1073 a 1112 y 1113 a 1120), lo que suponían más del 90% del mercado y representaban 75 marcas (folios 1313 a 1326bis 11º). En cuanto a la sistemática, STANPA solicitaba datos y aportaba los cuadros que se cumplimentaban por las empresas participantes en estos intercambios de información desagregada, aportando también dichas empresas sus comentarios y sugerencias para la mejora de las estadísticas. Una vez cumplimentados los datos, las empresas los enviaban al departamento de estadísticas de STANPA que también se encargaba de reclamarlos si no habían sido aportados por las empresas participantes, elaboraba cuadros de datos totalmente desagregados que enviaba a las empresas participantes.

DÉCIMO.- Debe señalarse al hilo de lo manifestado anteriormente que la actora no niega la existencia de los intercambios pero sí que los mismos puedan ser considerados infracción de la LDC.

A este respecto tanto la Ley 16/1989 como la Ley 15/2007, prohíbe por anticompetitivas las siguientes conductas:

"Se 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 (...)".

Con respecto a los intercambios de información, las Directrices de la CE de 2010 sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal señalan que "Cualquier intercambio de información cuyo objetivo sea la restricción de la competencia se considerará restricción de la competencia por el objeto". En la misma línea se ha pronunciado el Consejo de la CNC [Resolución del Consejo de 21 de enero de 2010 en el Expte. S/0084/08 Fabricantes de gel].

Cabe decir que desde el punto de vista del artículo 101 TFUE y lógicamente 1.1 de la LDC, los acuerdos, prácticas concertadas y decisiones de asociaciones de empresas, "recogen formas de colusión que comparten la misma naturaleza y que sólo se distinguen por su intensidad y por las formas en las que se manifiestan", por lo que los criterios para calificar la conducta cometida, sea por objeto o por efectos, es idéntico en todos los supuestos (Sentencia del Tribunal de justicia de 4 de junio de 2009 Asunto T-Mobile C- 8/08 . apartado 23 y 24).

Consideramos a la vista de los datos acreditados y expuestos anteriormente que los intercambios de tarifas realizados por Stanpa en el ámbito de los Comités referidos tienen aptitud para restringir la competencia en el mercado nacional de cosmética, pues reducen la independencia de las empresas que participan en el mismo, facilitan la alineación de precios y dificultan la permanencia o el acceso de las empresas que no participan en el intercambio, ya que se trata de un intercambio de precios actuales y de futuro y no referentes al pasado, pues se trata de tarifas que deben enviar las empresas cada vez que sean actualizadas para que desde Stanpa sean distribuidas entre todas las compañías del Comité participantes en el intercambio.

Por lo que se refiere al panel de intercambio de marcas en el Comité de Selectividad si bien no se intercambian precios, si se intercambian información sobre facturación que en conjunción con el resto de información sobre cantidades y formatos que circula en el referido Comité y el hecho de que se trate de información inmediata, permite que cada empresa tenga conocimiento de las actuaciones que están haciendo sus competidores en mercados determinados y controlables.

Hay que destacar que aún cuando las competidoras no llegaron a suscribir formalmente acuerdos resulta suficiente para declarar una práctica anticompetitiva, el intercambio de información estratégica que afecta a precios, condiciones de comercialización, o establecimiento de cuotas de mercado, en la medida en que, de esta forma, se tiende a disminuir o debilitar la autonomía de cada empresario en orden a fijar su política de actuación en el mercado. Es más, en el supuesto de asistir a sólo una reunión, o proceder a un intercambio de información de otra forma, y no apartarse de manera pública o mediante comunicación expresa y directa, dirigida a los demás partícipes, del contenido de la misma, opera una presunción según la cual, si la empresa sigue activa en el mismo mercado, toma necesariamente en consideración la información transmitida a los efectos de determinar su conducta, lo que implica la comisión de la infracción del artículo 101 del TFUE (Sentencia T- Mobile, citada, 51 y 52).

UNDÉCIMO .- En el presente caso, resulta probado que la recurrente ha intercambiado información estratégica, detallada en el FJ anterior, y que en lo esencial afecta a la fijación de precios, establecimientos de cuota de mercado y condiciones de comercialización.

En cuanto a la falta de efectos nocivos en el mercado de la conducta sancionada, nuevamente la Sentencia T- Mobile, que reitera doctrina anterior, resuelve las dudas de las recurrentes, de forma adversa a sus intereses. Así, en los apartados 27 a 30, recuerda el tratamiento jurisprudencial a la distinción entre infracciones por objeto y por efectos, subrayando que la infracción lo será por su objeto, cuando, la conducta, por su propia naturaleza, sea perjudicial para el buen funcionamiento de la libre competencia, siendo el ejemplo clásico a este respecto, los acuerdos de fijación de precios, ya se hagan de forma directa o indirecta. Además deberá valorarse en el contexto en el que se produce.

En este caso, la infracción aparece de forma reiterada, en un mercado estable, y fuertemente concentrado, con competidores que en el seno de Stanpa, ostentaban el 90% de cuota del mercado. Es en estos supuestos de estabilidad y concentración del mercado, en los que el intercambio de información puede provocar con mayor facilidad, efectos anticompetitivos, como ha venido poniendo de manifiesto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y que puede examinarse de forma sistematizada en la más reciente Sentencia del Tribunal General de 14 de marzo de 2013, asunto Dole Food Company, Inc T- 588/08 , apartados 61 y 62.

Una vez calificada la infracción como falta muy grave por su objeto, sólo resta aplicar una muy consolidada jurisprudencia, de la que la referida Sentencia T- Mobile, es sólo un ejemplo, que determina que en esos casos resulta irrelevante la causación concreta de perjuicios, pues lo que se reprime, es la potencialidad nociva de la conducta, que lo es por su propia naturaleza, si se desarrolla en un contexto singularizado.

DUODÉCIMO.- Finalmente, la actora sostiene que el comienzo de los intercambios no fue simultáneo sino que el inicio se produjo en un momento diferente para cada panel. Frente a ello debe recordarse la doctrina del Tribunal General, plasmada en la Sentencia de 17 de mayo de 2013, Asunto MRI T-154/09 , apartados 193 y ss, que viene a reiterar una posición jurisprudencial ya conocida: la infracción, constituida por una serie de conductas individualizadas, puede calificarse como única, si se detecta un plan conjunto de actuación, en el que se detecta una identidad que afecta a los objetivos de la conducta, a las empresas participantes, a las formas de manifestación, y a los productos y servicios, pudiendo tenerse en cuenta, además, el ámbito geográfico en el que se producen. En consecuencia, resulta irrelevante que la autoridad de competencia carezca de pruebas sobre el desarrollo de la actividad colusoria en un momento concreto y específico del período de infracción sancionado, pues existe una presunción, que admite prueba en contrario, en el sentido de que la empresa en cuestión, como ocurre en este caso, ha estado presente en las actividades sancionadas durante toda la duración del mismo. Por último sólo resta precisar que aún cuando la resolución de la CNC no emplease formalmente la expresión "infracción continuada", lo cierto es que es el tratamiento que ha dado al enjuiciamiento de las conductas reprimidas, pues esa multiplicidad de intercambio de información en los términos exigidos por la jurisprudencia, ha sido tratada como una sola infracción, fijando fecha para su inicio y su fin.

DECIMOTERCERO.- Y en cuanto a la responsabilidad de la actora el artículo 63 de la Ley 15/2007 , dice que " *los órganos competentes podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones... que deliberadamente o por negligencia infrinjan lo previsto en la presente Ley las sanciones...*".

La resolución impugnada señala que "la Asociación Stanpa *ha cometido una infracción del artículo 1 de la LDC al decidir en su seno intercambios de información entre empresas competidoras del sector de cosmética,*

relativos a precios y cantidades. Dichos intercambios de información entre competidores a través de Stanpa tenían como objetivo el conocimiento mutuo de las estrategias de los competidores para reducir la incertidumbre del mercado y por tanto la restricción de la competencia"

La CNC considera que la cifra máxima de 901.518,16€, establecida como tope máximo para las Asociaciones, es la que procede imponer a Stanpa en aplicación de los criterios de proporcionalidad y disuasión.

Ciertamente debe tenerse en cuenta que la CNC está legitimada para imponer una multa de la cuantía impuesta a Stanpa, pero también es cierto que existe un dato que no se ha tomado en consideración por la CNC y es que Stanpa, tal y como ha quedado acreditado fundamentalmente por la prueba practicada en autos, se planteó auditar los intercambios de información que se estaban desarrollando en algunos de sus Comités, suspendiéndose las actividades que estaban siendo objeto de estudio, hasta que se comprobase su adecuación a Derecho. Los resultados de esta autoevaluación empezaron a ser presentados a los órganos de gobierno de Stanpa a finales de 2007, y tuvieron cierta relevancia para poner fin a la actuación ahora sancionada, por lo que consideramos que la sanción impuesta es desproporcionada y que el importe correcto de la misma es la de 450.000€, que se corresponde con el 50%, teniendo en cuenta la no existencia de agravantes y si una cierta predisposición de la actora para poner fin a dicha actuación que debe ser tomada en consideración, para rebajar el importe de la multa impuesta.

DECIMOCUARTO .- Los anteriores razonamientos nos llevan a estimar en parte el recurso y por lo que se refiere a las costas a tenor de lo establecido en el artículo 139 de la LRJCA, en su redacción dada por la Ley 37/2011 de 10 de octubre, aplicable por razón de la fecha de interposición del presente recurso, no procede imponer las costas a ninguna de las partes.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que debemos **ESTIMAR PARCIALMENTE** el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de **STANPA**, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 7 de febrero de 2011**, debemos declarar y declaramos no ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada en cuanto a la sanción de multa impuesta a la recurrente, y en consecuencia **debemos anularla** y la **anulamos** en este extremo reduciendo el importe de la misma a la cifra de 450.000€, **confirmando** la Resolución en sus restantes pronunciamientos, sin expresa imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma **no cabe recurso de casación**, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia fue leída y publicada en la forma acostumbrada por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, hallándose constituida en audiencia pública, de lo que yo, Secretario, doy fe.