

Id. Cendoj: 28079230062013100411
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 31/07/2013
Nº de Recurso: 152/2010
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: ANA ISABEL RESA GOMEZ
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Idioma:

Español

SENTENCIA

Madrid, a treinta y uno de julio de dos mil trece.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. 152/2010 que ante esta **Sala de lo Contencioso-Administrativo** de la Audiencia Nacional ha promovido el Procurador D. Aníbal Bordallo Huidobro, en nombre y representación de **PUIG S.L.** contra Resolución de fecha 21 de enero de 2010 de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre prácticas restrictivas de la Competencia; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado; siendo parte codemandada HENKEL IBÉRICA, S.A. Y HENKEL AG & CO, entidades representadas por la Procuradora D^a María José Bueno Ramírez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: La parte actora interpuso, en fecha 12 de febrero de 2010, este recurso; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que solicitó se dicte sentencia por la que con estimación del presente recurso se declare la nulidad, por contraria al ordenamiento jurídico, de la resolución recurrida y, subsidiariamente, se reduzca el importe de la sanción impuesta.

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

TERCERO: 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 2 de julio de 2013, en que efectivamente se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación del presente recurso todas las prescripciones legales, salvo la del plazo para dictar sentencia dada la complejidad de la cuestión litigiosa. Habiendo sido **Ponente la Ilma. Sra. D^a ANA ISABEL RESA GOMEZ, Magistrada de la Sección.**

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Es objeto de impugnación la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante CNC) adoptada el 21 de enero de 2010, por la que se le impone a la actora una multa de 2.437.317 euros por entender infringido el artículo 1 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia (en adelante LDC).

SEGUNDO: Son antecedentes para la presente decisión los siguientes:

-El 28 de febrero de 2008 HENKEL IBÉRICA, S.A. se dirige a la CNC denunciando la existencia de un cártel en el que ella ha participado y solicitando que se le aplique el programa de clemencia.

-El 28 de febrero de 2008 Sara Lee se dirige a la CNC denunciando la existencia de un cártel, reconociendo su participación en él y solicitando que se aplique el programa de clemencia, aportando el 30 de abril de 2008 nueva información para sustentar su solicitud de clemencia.

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

-El 17 de junio de 2008, la Dirección de Investigación de la CNC realizó una investigación domiciliaria, entre otras, en las dos sedes de PUIG.

-El 2 de julio de 2008 PUIG aporta información sobre los precios aplicados durante 2004, requeridas durante la inspección. En realidad se le pidieron precios desde 2004, pero PUIG sólo aportó los de 2004. La DI reitera petición de datos del 2004 al 2009 en requerimiento de información de 24 de febrero de 2009, no sólo para PUIG, sino para todos (f3642-3671).

-Tras las investigaciones domiciliarias la DI realiza un requerimiento de información sobre precios, cuya contestación se verifica por PUIG el 13 de marzo de 2008 aportando un listado de todas las referencias comercializadas con fechas, tamaños y precios.

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

- El Consejo de la CNC considera acreditado que las empresas HENKEL IBÉRICA S.A. (en adelante, *Henkel*), SARA LEE HOUSEHOLD & BODY CARE ESPAÑA, S.L. (en adelante, Sara Lee), PUIG BEAUTY & FASHION GROUP S.L. (en adelante, **Puig**),

y CP España han infringido el artículo 1 de la Ley 16/1989 por haber participado en la creación de un cártel con el objeto de llevar a cabo una nueva política comercial común, basada en reducir el tamaño de sus envases manteniendo constante los precios de los mismos.

- La parte dispositiva de la Resolución recurrida disponía lo siguiente:

"Primero.- Declarar que HENKEL IBÉRICA S.A. y su matriz, HENKEL AG CO KGAA, SARA LEE HOUSEHOLD & BODY CARE ESPAÑA, S.L. y su matriz, SARA LEE CORPORATION, PUIG BEAUTY & FASHION GROUP S.L y COLGATE PALMOLIVE ESPAÑA, S.A. y su matriz, COLGATE PALMOLIVE HOLDING S. CÔMP. P.A. han infringido el artículo 1 de la Ley 16/1989 de la Ley de Defensa de la Competencia, al haber participado en la creación de un cártel con el objeto de llevar a cabo una nueva política comercial común, basada en reducir el tamaño de sus envases manteniendo constante los precios de los mismos.

Segundo.- Otorgar a HENKEL IBÉRICA S.A. y a su matriz, HENKEL AG CO KGAA. en virtud del programa de clemencia regulado en la Ley 15/2007, la exención total de la sanción que le correspondería en ausencia de dicho programa.

Tercero.- Otorgar a SARA LEE HOUSEHOLD & BODY CARE ESPAÑA, S.L y a su matriz, SARA LEE CORPORATION (en virtud del programa de clemencia regulado en la Ley 15/2007 la reducción del cuarenta por ciento sobre la sanción que le correspondería en ausencia de dicho programa.

Cuarto.- Imponer a cada una de las responsables citadas las siguientes sanciones:

A SARA LEE HOUSEHOLD & BODY CARE ESPAÑA, S.L y su matriz, SARA LEE CORPORATION: TRES MILLONES, SETECIENTOS QUINCE MIL, OCHOCIENTOS SETENTA Y CUATRO Euros (3.715.874 €).

A PUIG BEAUTY & FASHION GROUP S.L.: DOS MILLONES, CUATROCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL, TRESCIENTOS DIECISIETE Euros (2.437.317 €).

A COLGATE PALMOLIVE ESPAÑA, S.A. y a su matriz, COLGATE PALMOLIVE HOLDING S. COMP. P.A.: DOS MILLONES, CIENTO SETENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS VEINTIÚN Euros (2.175.621 €).

Quinto.- Ordenar a todas las empresas sancionadas la publicación de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado, y su parte dispositiva en la sección de economía de dos diarios de ámbito nacional de mayor difusión, a costa de las autoras de la infracción. En caso de incumplimiento se impondrá a cada una de ellas una multa coercitiva de 600 € por cada día de retraso.

Sexto. -Interesar de la Dirección de Investigación la incoación de expediente sancionador contra COLOMER por la existencia de los indicios de infracción del artículo 1 de la LDC descritos en el Fundamento de Derecho Decimoprimer de la presente Resolución.

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

TERCERO: Consta acreditado que el expediente se origina por la información que dos

de las empresas participantes en el cártel ponen en conocimiento de la DI, bajo el programa de Clemencia regulado en la Ley 15/2007. La primera realizada a las 9:04 h por HENKEL IBÉRICA y HENKEL EGAA y la segunda a las 9:14 h por SARA LEE HOUSEHOLD AND BODY CARE ESPAÑA, S.L.

PUIG presenta sus alegaciones el día 30 de julio de 2009, siendo recibidas en la CNC el 4 de agosto, y las plantea en torno a tres cuestiones (f8030): (1) una de naturaleza jurídica que se centran en el programa de clemencia y la validez de las declaraciones de los clementes; (2) otra de naturaleza económica, sobre la caracterización del mercado, y (3) una última de carácter meramente metodológico, sobre el rol de la sociedad PUIG, S.L. en los hechos analizados y sobre la tipificación de la infracción y la consiguiente cuantificación de la sanción.

Constan acreditadas en el expediente la existencia de reuniones, contactos telefónicos y correos electrónicos entre competidores relacionados con un acuerdo para reducir el tamaño del envase en el que se comercializa el producto en cuestión (reducción de 750 ml a 650 ml), gel de baño y ducha, manteniendo el precio por unidad de envase invariable. El primer solicitante de clemencia, HENKEL, declara la existencia de tres reuniones, con distinto grado de participación de los implicados. El segundo solicitante de clemencia, SARA LEE, declara la existencia de dos reuniones. PUIG y COLOMER reconocer su asistencia a la primera de ellas y COLGATE niega haber asistido a alguna de ellas.

La primera reunión tuvo lugar entre diciembre de 2005 y/o enero de 2006 en la sede de Bimbo de SARA LEE y a la que asistieron (f115): HENKEL, SARA LEE, COLOMER y PUIG y en la que se trató la reducción de los envases de 750 a 650 ml sin variar el precio.

La segunda reunión se celebró en marzo de 2006 en la misma sede que la anterior y a la que fueron convocados los cinco implicados en este expediente, para confirmar la reducción de los envases. SARA LEE en su segunda declaración (f1054) explica que la segunda reunión que se acordó mantener durante la primera no llegó a celebrarse debido a que COLGATE se había negado a asistir con motivo de las recientes actuaciones contra COLGATE de las autoridades de competencia en Francia. En su lugar, HENKEL, PUIG y SARA LEE se habían reunido en un bar próximo a las oficinas de SARA LEE.

Hubo una tercera reunión entre los directores de ventas de SARA LEE, PUIG y HENKEL IBERICA, en Madrid en la sede de STANPA para discutir los detalles de la implementación del acuerdo adoptado de reducir los envases.

Sobre la implementación del acuerdo del cambio de formato, Henkel *declara que en las fechas acordadas tanto PUIG como SARA LEE y HENKEL implementaron el acuerdo* y en respuesta al requerimiento de información realizado por la DI a PUIG, ésta declara haber reducido el tamaño del formato estándar en el que envasa el gel que fabrica en las fechas siguientes:

Lactovit (650ml) el 1 de julio de 2006

Kinesia (650ml) el 1 de junio de 2006.

Heno de Pravia (650ml) el 1 de agosto

En otros documentos del expediente (f6212) también se acredita la reducción de formato de PUIG.

En cuanto al mantenimiento del precio por unidad de envase, no de producto, existen numerosos documentos en el expediente donde se explicita la intención de los imputados de mantener el precio del envase una vez reducido su tamaño y SARA LEE declara (f158) que: " *el objetivo de la reunión era lograr la reducción de los envases de todos ellos y en el folio 4034*), y diferencia entre: "El precio tarifa, que es el que SARA LEE publica y entrega a los clientes cada año como precio al que está dispuesta a vender sus productos a cualquiera que se lo pida; el precio negociado que, sobre la base del precio tarifa, incluye los descuentos comerciales habituales, esto es, es el precio que se cobra a aquellos clientes con los que la forma de negociación consiste en acordar descuentos respecto del precio de tarifa; y, el precio de cesión que es el precio neto, es decir, incluye no sólo los descuentos sino también cualesquiera promociones acordadas con el cliente."

PUIG declara (f5054): "Es preciso indicar que los datos aquí facilitados son las tarifas oficiales de precios que se comunican para todos los distribuidores. Como es práctica habitual, sobre estas tarifas se aplican las condiciones comerciales negociadas con cada uno de los diferentes clientes y centrales de compras (por ejemplo, descuentos por pronto pago, por volumen, etc.), para obtener los precios netos a los que cada uno de éstos compran. Dichas condiciones comerciales particulares se negocian normalmente cada año con cada uno de los clientes y pueden variar de año en año en un mismo cliente",

La reducción del formato de geles de baño y ducha fue estudiada asimismo por PUIG en el año 2004, tal y como se desprende del análisis de la presentación de PowerPoint recabada en la inspección de dicha empresa, titulada "PRESENTAC. PUIG 13-07-04.ppt". Efectivamente, en dicha presentación se pone de manifiesto el interés de PUIG en reducir el formato de 750 ml a un nuevo formato de menor tamaño. Finalmente, del análisis de la propuesta de reducción incluida en el mencionado documento, queda acreditado que la empresa PUIG estimaba también necesario un acuerdo en este punto entre los principales protagonistas de la categoría, recomendando no implementar la reducción de no existir dicho acuerdo. Así, puede leerse en la presentación: "PROPUESTA: Recomendamos seguir con formatos actuales si no logramos acuerdo con los principales protagonistas de la categoría"5 (f6221). Esta conveniencia señalada por PUIG respecto a la necesidad de que las empresas propietarias de las marcas líderes realizasen la reducción queda también acreditada por el documento "DIVISIÓN HIGIENE ESTRATEGIA 2006", fechado en junio de 2005, encontrado en la inspección de la empresa PUIG, que trata sobre la estrategia comercial de esta empresa para el siguiente año.

En los epígrafes del apartado correspondiente al proyecto Downsizing ("Proyecto Downsizing en Gel Nutritivo"), donde se detallan los puntos principales para llevar a cabo el citado proyecto, se especifica la necesidad de asegurar el seguimiento de las marcas líderes. El documento especifica, en concreto (f2410)6:

"Pasar a tamaño 650 ml. manteniendo precio (€/ud; no €/ml). Formato promocional de 780 ml. (+20%)

Minimizando la percepción del consumidor (máxima apariencia botella)

Justificándolo ante el cliente y el consumidor con un valor añadido (ingrediente)

Asegurando el seguimiento de las marcas líderes

Ahorro estimado 12 meses = > ".

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

CUARTO: Varios son los motivos que alega la parte actora como fundamento de su pretensión anulatoria, reiterando de este modo lo ya manifestado en vía administrativa.

- 1.- Caducidad del procedimiento sancionador.
- 2.- Improcedente atribución de responsabilidad solidaria a PUIG S.L..
- 3.- Vulneración del art. 35.a) de la Ley 30/92 , por falta de acceso temporáneo a determinados documentos del expediente.
- 4.- Vulneración del derecho a la presunción de inocencia: inexistencia de prueba de cargo contra PUIG. Inexistencia de acuerdo ilícito.
- 5.- Nulidad de pleno derecho por aplicación de una norma derogada y por modificación de los hechos contenidos en el pliego de concreción de hechos.
- 6.- Error en el cálculo de la sanción.

QUINTO: Procede examinar con carácter previo la alegación relativa a la infracción de las reglas del procedimiento administrativo sancionador, en primer lugar la caducidad del procedimiento, ya que su eventual estimación haría innecesario el estudio de los restantes motivos de recurso.

En relación a la caducidad mantiene la actora que el expediente se incoó el 16 de junio de 2008, fue suspendido el 25 de noviembre de 2009 y alzada la suspensión el 30 de diciembre de 2009, por lo que el plazo de dieciocho meses previsto en el art. 36.1 de la LDC para resolver el expediente sancionador finalizó el 21 de enero de 2010, por lo que cuando se notificó a las partes la resolución ahora impugnada el día 27, ya había caducado el expediente.

El artículo 36.1 de la Ley de Defensa de la Competencia 15/2007 (en adelante LDC 2007) establece que "El plazo máximo para dictar y notificar la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador por conductas restrictivas de la competencia será de dieciocho meses a contar desde la fecha del acuerdo de incoación del mismo y su distribución entre las fases de instrucción y resolución se fijará reglamentariamente"

El artículo 28.4 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (en adelante RDC 2008) establece que "El plazo de instrucción del expediente será de doce meses a contar desde la fecha del acuerdo de incoación. El transcurso del plazo máximo de dieciocho meses desde la fecha del

acuerdo de incoación del procedimiento sancionador sin que se hubiera resuelto el procedimiento determinará la caducidad del mismo de acuerdo con lo establecido en el apartado 1 del artículo 38 de la Ley 15/2007, de 3 de julio ".

El artículo 38.1 de la Ley de Defensa de la Competencia establece que "el transcurso del plazo máximo de dieciocho meses establecido en el apartado primero del artículo 36 para resolver el procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas determinará la caducidad del procedimiento".

Conforme a estas normas una vez transcurrido el plazo máximo de 18 meses para resolver el procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas sin que haya recaído resolución alguna determinará la caducidad del procedimiento sancionador. Como ha señalado esta Sala en anteriores ocasiones, la supletoriedad de la Ley 30/1992 en el procedimiento administrativo de Defensa de la Competencia, implica que sus preceptos serán de aplicación en ausencia de una regulación específica de cada concreta cuestión por la normativa de Defensa de la Competencia.

En cuanto al cómputo de los plazos de tramitación de los expedientes administrativos en materia de Defensa de la Competencia, el Reglamento de Defensa de la Competencia, R.D. 261/2008 regula la cuestión en el artículo 12 , en los siguientes términos:

"Artículo 12. Cómputo de los plazos máximos de los procedimientos en casos de suspensión.

1.- En caso de suspensión del plazo máximo, el órgano competente de la Comisión Nacional de la Competencia deberá adoptar un acuerdo en el que se señale la causa de la suspensión, de acuerdo con lo previsto en el artículo 37 de la Ley 15/2007, de 3 de julio , entendiéndose suspendido el cómputo del plazo:

En los supuestos previstos en el artículo 37.1.a) y b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio , por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o, en su defecto, durante el plazo concedido (...)

2. Para el levantamiento de la suspensión del plazo máximo, el órgano competente de la Comisión Nacional de la Competencia deberá dictar un nuevo acuerdo en el que se determinará que se entiende reanudado el cómputo del plazo desde el día siguiente al de la resolución del incidente que dio lugar a la suspensión y la nueva fecha del plazo máximo para resolver el procedimiento. Este acuerdo de levantamiento de la suspensión será igualmente notificado a los interesados.

3. En los casos de suspensión del plazo, el día final del plazo se determinará añadiendo al término del plazo inicial, los días naturales durante los que ha quedado suspendido el plazo."

El art. 48 de la Ley 30/1992 establece que cuando los plazos se señalen por días y la normativa no indique otra cosa, se entenderá que los días son hábiles, excluyéndose del cómputo los domingos y festivos.

Resulta en consecuencia que, como pone de manifiesto el Abogado del Estado, en este caso el plazo para resolver ha estado suspendido 29 días hábiles, acordándose por el Consejo el levantamiento de la suspensión el 30 de diciembre de 2009, con la consecuencia de que, sumados los 29 días que faltaban, tal y como establece el art.

12.3 del RDC, la fecha de vencimiento es del día 4 de febrero de 2010, posterior a la fecha de notificación de la resolución impugnada que lo fue el 27 de enero de 2010, debiendo desestimarse este primer motivo de recurso.

El Tribunal Supremo (sentencia de 13 de enero de 2010 rec. 1279/2007) ha declarado que la caducidad de los procedimientos sancionadores es una institución jurídica con la que se trata de evitar la tardanza injustificada en resolver aquéllos, por entender el legislador que los sujetos expedientados se encuentran en una situación desfavorable que no ha de alargar indebidamente la Administración sancionadora. Si la demora no obedece a la desidia administrativa sino que viene propiciada por la necesidad de comunicar a las partes el cambio de calificación jurídica, la practica de pruebas complementarias, dando audiencia a las mismas al objeto de que se pronuncien sobre esas actuaciones, no procede que ese tiempo se compute a efectos de duración del procedimiento cuando precisamente con ello se pretende salvaguardar su derecho de defensa.

SEXTO: Sobre la improcedente atribución de responsabilidad solidaria a PUIG S.L, sostiene la actora que la CNC le ha considerado erróneamente sujeto activo de la infracción, cuando Puig SL ni fabrica ni comercializa los geles de baño "Lactovit", "Kinesia" y "Heno de Pravia", sino que dichos productos son diseñados, fabricados y comercializados por tres empresas de su grupo: Mirurgia SA, Antonio Puig y Perfumería Gal S.A., respectivamente. Alega que Puig SL es una mera sociedad holding y de prestación de servicios corporativos, por lo que la atribución de toda la responsabilidad con carácter solidario a Puig SL con exclusión de las sociedades que llevaron a cabo los hechos considerados ilícitos, supone una infracción de la norma contenida en los art.8 LDC 1989 y 130.3 de la Ley 30/92 .

Ahora bien dicha alegación tampoco puede prosperar dado que en la resolución impugnada consta en los hechos acreditados que PUIG posee participaciones, entre otras, en Myrurgia (un 99,38%) y Antonio PUIG S.A. (en un 100%). A su vez perfumería Gal S.A. pertenece en un 98,12% a Antonio PUIG SA. Cabe señalar que la fecha en la que se produjo el lanzamiento de los formatos de geles de baño y ducha de 650 ml, las compañías fabricantes y comercializadoras de dichos productos eran, en relación con la marca "Kinesia" Antonio PUIG SA, respecto de la marca "Heno de Pravia" Perfumería Gal SA y de la marca "Lactovit" Myrurgia SA. Es decir se deduce un control económico sobre las tres filiales en las que PUIG las participa prácticamente en un 100%.

Igualmente se recoge en el acta de inspección realizada en la sede de Puig, al ser preguntada la directiva de Puig que participó en las reuniones de diciembre de 2005 y febrero de 2006 por la estructura de Puig, responde:

(f1369). Consta en el acta de inspección realizada a PUIG las siguientes preguntas y respuestas:

"D. [XXX] especifica que la organización a nivel interno difiere de la organización reflejada en el organigrama y que se organizan en división de marcas y de mercados, siendo el responsable de esta última división D. [XXX] al cual reporta la citada D9 [XXX] toda la información y cambios que se producen de la división a su cargo.

Preguntada por la estructura empresarial que aparece en el organigrama facilitado, D9 [XXX] aclara que la organización a nivel societario no se corresponde exactamente con el funcionamiento interno de la empresa y que la División Puig España, S.L. en la

práctica englobaría a ciertas divisiones de "Antonio Puig España, S.A.", "Myrurgia, S.A." y "Perfumería Gal S.A."; y que ella es la responsable del negocio de las citadas sociedades en el ámbito español en relación con el sector de geles de baños, entre otros.

Al ser preguntada D9 [XXX] sobre el proceso interno de la empresa sobre toma de decisiones, sobre todo en lo relativo a un cambio del formato de geles, ésta afirma que es el departamento de marketing el que primero plantea el cambio, que este cambio es planteado posteriormente a la Dirección Comercial y luego a D9 [XXX] que finalmente es la persona que toma la decisión, ya se trate de un cambio en diseño, forma, color, tamaño, etc. Finalmente la citada D9 [XXX] presenta esta modificación a D. [XXX], a efectos informativos y de validación".

Por tanto, si bien las tres filiales fabricantes de las marcas de PUIG gozaban de sustancial independencia y autonomía unas respecto de otras, como afirma Puig, también se ha de afirmar, de acuerdo con las declaraciones anteriormente transcritas, que las citadas filiales integraban una única línea de negocio de Puig en el sector de geles de baño y ducha, bajo la dirección de un único directivo de dicha empresa, precisamente la persona que convocó y participó en las reuniones de 2005 y de 2006, por lo que Puig es responsable de la conducta anticompetitiva analizada en el marco del presente expediente sancionador.

El artículo 61.2 LDC establece:

"A los efectos de la aplicación de esta Ley, la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas"

Como recuerda la resolución impugnada, este precepto recoge la doctrina comunitaria, que permite imputar la responsabilidad a la sociedad matriz aunque no haya participado directamente en el acuerdo.

El fundamento de la previsión legal, que refleja la normativa comunitaria, no es otro que la doctrina de la unidad económica. En la sentencia dictada el 19 de julio de 2012 (Asuntos acumulados C-628/10P y C-14/11P Alliance One International) el Tribunal recuerda que según su jurisprudencia: " *el concepto de empresa abarca cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación. Debe entenderse ese concepto en el sentido de que designa una unidad económica aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas. Cuando una entidad económica de este tipo infringe las normas sobre la competencia, le incumbe, conforme al principio de responsabilidad personal, responder por esa infracción (sentencias de 20 de enero de 2011, General Química y otros/Comisión, C-90/09 P, Rec. p. I-0000, apartados 34 a 36 y la jurisprudencia citada, y de 29 de septiembre de 2011, Elf Aquitaine/Comisión, C-521/09 P, Rec. p. I-0000, apartado 53).*"

El comportamiento de una filial puede imputarse a la sociedad matriz cuando, aunque tenga personalidad jurídica separada, esa filial no determina de manera autónoma su conducta en el mercado. En el caso de que una sociedad matriz participe en el 100% del capital o en la inmensa mayoría del mismo de una empresa que ha infringido las normas de derecho de la competencia existe una presunción "*iuris tantum*" de que esa sociedad matriz ejerce una influencia decisiva en el comportamiento de su filial y, por

tanto se la puede considerar responsable solidaria de la conducta ya que en este caso se sanciona a la unidad económica, correspondiendo en su caso a la matriz desvirtuar dicha presunción. (Sentencia del TJ de 10 de septiembre de 2009, asunto C-97/08).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha mantenido una constante línea jurisprudencial en este sentido, iniciada en la sentencia de 25 de octubre de 1.983 (AEG Telefunken) en la cual se estableció que la matriz que controla una filial al 100% debe acreditar que pese a ello esta es capaz de desarrollar una conducta autónoma, y continuadamente ha establecido que el criterio decisivo a estos efectos no es la forma jurídica que adopte la relación empresarial, sino la existencia de una unidad de comportamiento en el mercado. En la sentencia Air Liquide, el Tribunal General estableció que *"cualquier vínculo económico, legal u organizacional"* puede mostrar la existencia de este control efectivo de la matriz sobre la filial.

Conforme a la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Octava) sentencia de 16 junio 2011 En los asuntos acumulados -204/08 y T-212/08, Team Relocations NV 150) *"en el caso específico de una sociedad matriz a la que pertenece el 100% del capital social de su filial autora de un comportamiento infractor, como en el presente asunto, hay una presunción rebatible de que la matriz ejerce una influencia decisiva en la política comercial de su filial (véanse en ese sentido las sentencias del Tribunal de Justicia de 25 de octubre de 1983, AEG/Comisión, 107/82, Rec. p. 3151, apartado 50 , y de 16 de noviembre de 2000 , Stora Kopparbergs Bergslags/Comisión , C-286/98 P, Rec. p. I-9925, apartado 29, y las sentencias del Tribunal General de 20 de abril de 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, T-305/94 a T-307/94 , T-313/94 a T-316/94 , T-318/94 , T- 325/94 , T-328/94 , T-329/94 y T-335/94 , Rec. p. II-931, apartados 961 y 984, y de 12 de diciembre de 2007, Akzo Nobel y otros/Comisión, T-112/05, Rec. p. II-5049, apartado 62).*

Esa jurisprudencia ha sido confirmada por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 10 de septiembre de 2009 (TJCE 2009, 274), Akzo Nobel y otros/Comisión (C-97/08 P, Rec. p. I-8237). "

En este caso, no se ha practicado prueba alguna dirigida a acreditar que no existía ni tal unidad económica ni tal influencia decisiva de la matriz en la actividad económica de la filial, por lo que igualmente debe desestimarse este motivo de recurso.

SÉPTIMO: Asimismo PUIG denuncia la falta de acceso temporal al expediente (infracción del 35.a de la Ley 30/1992) y que el acceso al expediente sólo se otorgó tras la comunicación del PCH corriendo el plazo para su defensa y ello supone una merma de dicho plazo que además tampoco fue prorrogado; y alega su derecho a la obtención de copias de las declaraciones en las que se basan las imputaciones.

Ahora bien dicho motivo debe desestimarse al haberse constatado que PUIG tuvo acceso al expediente no sólo tras la comunicación del PCH sino durante la fase de tramitación, incluyendo los 30 documentos que formaban pieza separada especial de confidencialidad, entre los que estaban las solicitudes de clemencia presentadas. También consta que ha obtenido copia de todos los documentos que permite la LDC, sin que en ningún caso se haya visto afectado su derecho fundamental a la defensa.

Debe destacarse que respecto a la obtención de la copia de las transcripciones de las declaraciones de los solicitantes de clemencia el artículo 51 del RDC aprobado por RD 261/08, de 22 de febrero dispone:

1. La Comisión Nacional de la Competencia tratará como confidencial el hecho mismo de la presentación de una solicitud de exención o de reducción del importe de la multa, y formará pieza separada especial con todos los datos o documentos de la solicitud que considere de carácter confidencial, incluida, en todo caso, la identidad del solicitante.

2. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, los interesados tendrán acceso a los datos o documentos que, formando pieza separada especial de confidencialidad, sean necesarios para contestar al pliego de concreción de hechos.

3. Sin perjuicio de lo previsto en el apartado anterior, no se pondrán obtener copias de cualquier declaración del solicitante de exención o de reducción del importe de la multa que haya sido realizada por éste de forma específica para su presentación junto con la correspondiente solicitud.

El criterio jurisprudencial mantenido al respecto se basa en que "El presunto responsable de una infracción administrativa tiene derecho a utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico que resulten procedentes, y la Administración debe practicar cuantas pruebas sean adecuadas para la determinación de hechos y posibles responsabilidades, siendo adecuadas las pruebas que están dirigidas a la determinación, comprobación y establecimiento de los hechos que han motivado la investigación y la incoación del expediente sancionador.

Concretamente respecto de la confidencialidad, "la Sentencia dictada por el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de 17 de diciembre de 1991, recaída en el asunto *Hércules Chemicals*, a tenor de la cual, "el respeto del derecho de defensa no exige que la empresa implicada en un procedimiento pueda comentar todos los documentos que formen parte del expediente de la Comisión, puesto que no hay disposiciones que impongan a la Comisión la obligación de comunicar sus expedientes a las partes interesadas (sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de enero de 1984, asuntos acumulados 43/82, apartado 25).

En síntesis, la adecuada ponderación entre el derecho a la defensa y el respeto a la confidencialidad, tácita o expresa, de determinados extremos obrantes en el expediente, exige un esfuerzo analítico de las razones por las que se considera pertinente la aportación de documentos de conocimiento limitado, coherente con el principio, de raigambre anglosajona, a tenor del cual el acceso debe ampararse en la llamada "need to know", necesidad que debe justificarse, en este caso concreto, por referencia a cada uno de los documentos solicitados".

Aplicando tal doctrina al supuesto de autos no podemos apreciar indefensión porque todos los elementos fácticos en los que se fundamenta la declaración de infracción y la sanción, han sido conocidos por la recurrente, y sin que concrete la forma en que la falta de copia de las declaraciones de clemencia, que en todo caso están excluidas por la normativa de defensa de la competencia, le haya causado indefensión material.

OCTAVO: Sobre la vulneración del derecho a la presunción de inocencia y la inexistencia de acuerdo ilícito, la actora entiende que la prueba de cargo en la que fundamentalmente se basa la Administración para sancionar, son las solicitudes de clemencia presentadas por Sara Lee y por Henkel, pruebas que no pueden considerarse válidas al haberse presentado por co-imputadas que tienen un interés directo en sostener la concurrencia de determinados requisitos materiales que son conditio sine qua non para la obtención de clemencia y que existen ciertas

contradicciones entre las declaraciones de ambos solicitantes de clemencia.

Debe destacarse que para determinar la responsabilidad de cada una de las empresas participantes en el cártel, la CNC no ha tenido solo en cuenta las solicitudes de clemencia, sino también toda la información obtenida en las inspecciones domiciliarias llevadas a cabo en cada una de las sedes de las empresas imputadas, así como las contestaciones a los requerimientos de información realizados por la DI y las alegaciones presentadas por cada una de las empresas y que ni la DI ni el Consejo ha considerado acreditado un solo hecho de los que adolecen de contradicción, a no ser que una prueba documental u otro medio probatorio avalase alguna de las cuestiones objeto de discrepancia entre ellos.

Las discrepancias se centran en si COLGATE estuvo en la primera o en la segunda reunión, en si la segunda reunión de 13 de febrero de 2006 celebrada en la sede de SARA LEE tuvo o no lugar, y en qué momento COLOMER comunicó públicamente su intención de no reducir el tamaño de sus formato. Ninguna de estas tres cuestiones han sido acreditadas, y la imputación no se ha basado en ninguna de estas tres cuestiones. La imputación se basa en que el 1 de diciembre de 2005 se celebró una primera reunión entre al menos SARA LEE, HENKEL, PUIG y COLOMER y que en la misma se habló de reducir los envases de 750 ml a 650 ml manteniendo el precio del envase en el mismo nivel, lo cual ha sido admitido por los cuatro; que el 13 de febrero de 2006 SARA LEE, PUIG y HENKEL se reunieron en un establecimiento público cercano a la sede de SARA LEE de BIMBO; que estos tres redujeron efectivamente el tamaño de sus envases de gel de 750 ml a 650 ml en las fechas acordadas y que mantuvieron invariantes los precios de tarifa; que HENKEL y SARA LEE presentaron solicitud de clemencia el 28 de febrero de 2008; y que PUIG comenzó a reducir sus precios de tarifa el día 1 de marzo de 2008. Todo lo anterior está acreditado en el expediente sin contradicción alguna.

Así respecto de PUIG podemos señalar:

"Sobre las reuniones PUIG acepta la celebración de la primera, ésta es la de 1 de diciembre de 2005 en la sede de SARA LEE, pero alega que su convocatoria fue realizada por HENKEL y que la primera reunión fue "exploratoria" de un posible acuerdo que quedó postergado a reuniones posteriores. En su opinión la DI admite que esta primera reunión fue "el inicio de las negociaciones". Ahora bien, dadas las contradicciones existentes respecto a la segunda reunión, la única conclusión que cabría en Derecho, es que la misma no existió. Por último, respecto a la tercera reunión, su existencia sólo la sostiene HENKEL y dice que el motivo era confirmar los lanzamientos, sin embargo dichos lanzamientos ya estaban en marcha por parte de PUIG.

Según PUIG los hechos analizados no alcanzarían la naturaleza de acuerdo, pues éste se habría producido en la segunda reunión, y dado que esta no tuvo lugar, " *huelga rebatir las conclusiones de la DI sobre el "contenido" de la misma* ". El objeto de la reunión de 1 de diciembre no habría sido el de un incremento de precios ni se habría alcanzado pacto alguno sobre precios, y no habría podido constituir una "práctica concertada", tan sólo podría haber habido un intercambio de información, y tal y como prueba la declaración de SARA LEE, el cambio de formato se habría producido igual sin la reunión, ésta sólo lo habría acelerado. También HENKEL dice que el cambio de formatos era irremediable. En resumen, en ausencia de reunión el mercado habría conocido los planes de PUIG sólo tres meses más tarde, pues los clientes de PUIG fueron informados de que se iba a hacer el cambio de formato, y por tanto, la reunión

no tuvo ningún efecto.

El Consejo de la CNC valora que respecto a las reuniones entre competidores sobre las que se fraguó el acuerdo de cártel, hay consenso entre SARA LEE, PUIG, HENKEL y COLOMER sobre que la primera de ellas existió, se celebró el 1 de diciembre de 2005 en las sede de la filial de SARA LEE dedicada no a la fabricación y comercialización de gel, sino a la panificación y bollería industrial con la marca BIMBO, y que el tema tratado fue el de reducir los envases de 750 ml a 650 ml manteniendo el mismo precio por envase. También se habló de celebrar una segunda reunión, sin que conste oposición alguna de ninguno de los asistentes. Por tanto está acreditada la primera de las reuniones. Sobre la segunda reunión existía una clara intención de convocarla para concretar los términos del acuerdo, y los dos declarantes confirman que una segunda reunión tuvo lugar, aunque discrepan en los asistentes y el lugar de celebración. Según SARA LEE se habría celebrado en un bar y sólo entre HENKEL, SARA LEE y PUIG. HENKEL precisa que la reunión de ellos tres en el bar, del que aporta en esa fecha ticket de las consumiciones, se produjo al finalizar la reunión previa en la que habrían asistido las cinco empresas y que tuvo lugar en la sede de Bimbo, igual que la primera. Aporta HENKEL un correo enviado por su secretaria (f5106) el 8 de febrero de 2006 a SARA LEE con el nombre de los convocados a la segunda reunión, el nombre de sus secretarías y los teléfonos de los mismos. En dicho correo electrónico enviado efectivamente a la secretaria del director general de SARA LEE, constan los datos de los directores generales de HENKEL, PUIG, COLOMER y COLGATE. De dicho correo cabe deducir, según un razonamiento lógico, que al menos hasta la fecha de 8 de febrero LEE. Igualmente consta en la agenda de la secretaria del director general de HENKEL un recordatorio de hablar a primera hora de la mañana del 13 de febrero con la directiva de PUIG. No hay más evidencia en el expediente que lleven a la DI a acreditar la existencia de esta segunda reunión, ni tampoco al Consejo, aunque sí considera acreditado el Consejo que se produjo una reunión entre HENKEL, SARA LEE y PUIG en un establecimiento público en las proximidades de la sede de SARA LEE de BIMBO, donde HENKEL sostiene que se mantuvo la segunda reunión con la asistencia de los cinco.

Por lo tanto, queda, a juicio de este Consejo y coincidiendo con la DI, acreditada la existencia de al menos dos reuniones, en las que con toda seguridad habrían participado HENKEL, SARA LEE y PUIG en ambas...

Sobre que el acuerdo existió, que se conformó en base a reuniones y contactos telefónicos entre las partes, que el mismo tenía por objeto la reducción del tamaño del envase manteniendo el precio del mismo, que en dichas reuniones participaron las cinco partes interesadas en este expediente, y que dicha conducta es tipificable como un acuerdo de cártel entre competidores, los solicitantes de clemencia HENKEL y SARA LEE no discrepan respecto de la DI, a diferencia de PUIG y COLGATE.

En las alegaciones de PUIG parece querer establecerse la existencia de conductas independientes, de tal forma que en la primera reunión sólo se habría producido un intercambio de información, mientras que en la segunda se habría producido el acuerdo. Esta alegación también la mantiene COLOMER en sus alegaciones a la PR. Como más adelante fundamenta este Consejo, en el FD UNDÉCIMO se considera que todo intercambio de información que se realiza como paso previo y requisito necesario para la constitución de un cártel no puede, como pretende PUIG, ser considerado como una conducta autónoma del cártel, máxime cuando éste llegó a existir. En el caso concreto que nos ocupa, ese inicial intercambio de información tenía por objeto lograr un acuerdo que minimizase el riesgo de implementar una nueva estrategia comercial

de forma unilateral, tal y como desvelan las declaraciones de SARA LEE o la documentación obtenida de PUIG. La nueva estrategia comercial perseguía un incremento de precios, y el hacerlo unilateralmente implicaba un elevado riesgo de perder cuota de mercado a favor del resto de competidores, como finalmente ocurrió a favor de COLGATE. Para minimizar dicho riesgo se debía lograr el seguimiento de los competidores. Por tanto, de no haber sido por el interés en minimizar dicho riesgo de pérdida de clientes, no se aprecia la existencia de incentivo alguno en intercambiarse una información que resulta estratégica para competir, y que en un mercado en competencia todas las empresas la catalogan como información comercial sensible y solicitan, en el marco de expedientes abiertos por las autoridades de competencia, que dicha información sea declarada confidencial.

El comportamiento racional de los consumidores hace que sus decisiones de consumo sean tomadas no sólo atendiendo al precio absoluto del bien elegido, sino a su precio relativo con respecto al mismo producto comercializado por otros oferentes, de tal suerte que si encuentran un producto sustitutivo a menor precio la probabilidad de elegir el más barato, salvo preferencias marquistas, es altamente elevada. Por el contrario, si todos los oferentes aumentasen sus precios en la misma proporción, es decir, mantuviesen sus precios relativos estables, el resultado racional esperado es que los consumidores mantengan sus elecciones invariables. Eso es precisamente lo que pretendía el acuerdo, y por tanto el intercambio de información en el caso presente tenía por objeto lograr el consenso ante la reducción de tamaño. No es plausible pues, como pretende PUIG, analizar el intercambio de información como una conducta con entidad propia en el caso presente, y desligarla del resto de reuniones y contactos mantenidos entre las partes.

En esa primera reunión, dicho intercambio de información fue el punto de partida de la constitución del cártel, y las manifestaciones de apoyo a la nueva estrategia comercial de unos, junto con las ausencias de pronunciamientos en contra de otros, posibilitó que prosiguiesen los planes para perfilar los detalles de la implementación de dicha nueva estrategia. El comportamiento mantenido por todos ellos en esa primera reunión causó la impresión de que dicho consenso era plausible, pues en dicha reunión PUIG, SARA LEE y HENKEL manifestaron públicamente su interés en la reducción de los envases y si bien no está acreditado que COLOMER y COLGATE mostraron su conformidad públicamente, tampoco está acreditado lo contrario, pues no hay constancia en el expediente de que abandonaron la reunión al conocer las pretensiones de los demás asistentes, ni de que manifestasen públicamente su rechazo a la idea planteada desde el principio, ni consta que anunciaran que tampoco tenían intención de acudir a una segunda reunión. El Consejo valora que las declaraciones de HENKEL y de SARA LEE llevan a que la primera impresión que cabía esperar del transcurso de dicha reunión es, por la coincidencia en la descripción de su contenido, que no había un rechazo de la medida propuesta, y consiguientemente podía esperarse un seguimiento mayoritario de la reducción de envases manteniendo el precio, de forma que tras esa primera reunión, el acuerdo tenía altas probabilidades de culminar con éxito. Por ello la actitud de todos los participantes en dicha reunión contribuyó a alimentar y solidificar las bases del cártel. En este contexto se explica que el 8 de febrero, en el correo que HENKEL envía a SARA LEE para preparar la reunión del 13 de febrero, se incluyan a todos los Directores Generales de todas las implicadas, pues si nadie se había desmarcado de lo tratado en la primera reunión es lógico que todos ellos fuesen convocados a la segunda de las reuniones.

Por tanto PUIG no puede aislar como pretende los objetos de las distintas reuniones, porque éste era único: lograr un seguimiento mayoritario en la subida de precios que

tendría lugar al reducir todos ellos, según el calendario acordado, la cantidad de producto puesta a la venta en cada envase pero manteniendo el precio constante. Esta es la verdadera finalidad, incrementar los precios de un producto que consideran de baja rentabilidad.

Sigue sosteniendo PUIG en sus alegaciones que el presunto acuerdo habría sido fruto de la segunda reunión, y que como ésta no se produjo pues entonces no hubo tal acuerdo. Esta argumentación merece una doble contestación. Por una parte, que no es cierto como pretende PUIG, que no haya quedado acreditada la existencia de una segunda reunión, sino los términos en la que ésta se produjo, pues ciertamente se produjo. En efecto, las declaraciones de los dos solicitantes de clemencia no coinciden en cuanto a quienes asistieron y donde se celebró, pues mientras HENKEL sostiene que acudieron los cinco a la sede de SARA LEE, este último sostiene que no se celebró debido a que COLGATE, ante la intervención de las autoridades de competencia de Francia había mostrado sus temores a mantener la segunda reunión prevista. Sin embargo ambos coinciden en aceptar que ellos dos, junto con PUIG, se habían reunido el 13 de febrero de 2006 en un bar cercano a la sede de SARA LEE. Consta, aportado por HENKEL, ticket de consumiciones realizadas en esa fecha y en el local señalado. Además de esta coincidencia en sus declaraciones, que habría sido suficiente para probar el acuerdo de cártel según la jurisprudencia en materia probatoria de la UE, está el hecho probado de que las tres redujeron los formatos en las fechas convenidas (HA.3.3.1), y que sus precios de tarifa para la práctica totalidad de las gamas de producto se mantuvieron invariables (HA.3.3.2). Por todo ello, este Consejo no puede aceptar las alegaciones de PUIG respecto a que tan sólo pudo haber un intercambio de información y no un cártel, y que el cambio de formato se habría producido igualmente sin la reunión, y que la reunión simplemente aceleró el cambio.

Por último, y aun admitiendo que los cambios de formato se hubieran podido finalmente implementar en momentos posteriores, la realidad acreditada en el expediente es que dichos cambios no se produjeron de forma autónoma, sino según un orden establecido por los integrantes del cártel. No duda este Consejo de que las partes, con el objeto de incrementar la rentabilidad de un sector que ellos consideran de baja rentabilidad, tuvieran incentivos para incrementar los precios de sus productos, tal y como muestran ciertos documentos que se recogen en el HA 4.1. Pero lo cierto es que lo que esos estudios revelan, además de esa intención previa al acuerdo del cártel, es que dicho incremento de precios debía realizarse de forma que se minimizase la percepción de dicho incremento por parte del consumidor, y que debería conseguirse el acuerdo de las marcas líderes en dicha reducción (ver HA 3.3.2, f2410). Por ello, en lugar de incrementar directamente el precio del envase, lo cual resultaría muy evidente para el consumidor, se plantea un incremento de precios camuflados, como sostiene la DI, reduciendo el tamaño del envase a la vez que se modifica ligeramente su diseño, alargando el envase o sus tapones para crear un efecto visual que diese la sensación de que se mantenía el tamaño.

Las declaraciones de SARA LEE también corroboran que la reunión determinó la decisión de reducir los envases (H.A. 3.2.1, f1566), tal y como su Director General declaraba ante las preguntas del inspector de competencia respecto a por qué no habían reducido antes sus envases, contestando que *"quizás necesitaban mayor seguridad y que una decisión como esta tiene siempre un coste en caso de equivocarse"*. Es decir, los contactos acreditados en el expediente entre competidores habrían servido, al menos, para reducir la incertidumbre entre competidores, y por tanto éstos dejaron de tomar sus decisiones de forma autónoma, eliminando la presión competitiva que mantiene el juego de la competencia efectiva en beneficio del

mercado, y de los consumidores. Por todo ello las pretensiones de PUIG no pueden ser atendidas, pues en todo caso el hecho de que las empresas hubiesen estudiado previa y autónomamente la reducción de envases, podría ser valorado a la hora de analizar los efectos del acuerdo de cara a la imposición de una sanción, pero en ningún caso desvirtúan el hecho de que la conducta que tuvo lugar fue como consecuencia de un abandono de los comportamientos autónomos de los integrantes del cártel, dando paso a un aunamiento de sus voluntades para comportarse en el mercado con un parámetro común que redujo la competencia efectiva entre ellos, lo cual está prohibido en el artículo 1 de la LDC .

Consideramos, coincidiendo con la resolución impugnada que la conducta tipificada infringe el artículo 1 de la Ley 16/1989 y el artículo 1 de la Ley 15/2007 ; se trata de una infracción continuada, que comenzó el 1 de diciembre de 2005 y su duración llegó al menos hasta el momento de la incoación y el acuerdo entra dentro de la definición de cártel de la DA 4ª de la Ley 15/2007 . El acuerdo tiene carácter anticompetitivo pues las empresas participantes han expresado su voluntad común de comportarse de una manera determinada; el acuerdo atenta contra la fijación libre de precios, institución básica de la economía de mercado; las empresas imputadas celebraron al menos dos reuniones para reducir el formato de forma conjunta y mantener el precio; por su propia naturaleza este acuerdo falsea significativamente la competencia, perjudicando el interés público general; el cártel es una de las restricciones más perjudiciales, como establece el artículo 62.4.a) de la LDC ; el acuerdo para implementar progresivamente el cambio de formato sin variar el precio, enmascara el acuerdo, dificultando la identificación de la subida de precios que implica, y dificultando la capacidad negociadora de las grandes superficies y los implicados eran plenamente conscientes de la ilegalidad de la conducta.

NOVENO. Sobre la nulidad de la resolución por aplicación de una norma derogada entiende la actora que en tanto en cuanto se declara en la resolución que la conducta acaecida entre el 1 de septiembre de 2007 y el 28 de febrero de 2008 infringe el artículo 1 de la LDC 1989 -derogado- debe declararse la nulidad de la resolución también en este extremo.

Tal argumento tampoco puede aceptarse por los propios razonamientos contenidos en la resolución impugnada.

"El día 1 de septiembre de 2007 entró en vigor la *Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia* , por la que se crea la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) y declara extinguidos el Organismo Autónomo Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia.

La conducta que la DI imputa como infractora de la LDC se inicia el 1 de diciembre de 2005, estando por tanto en vigor la Ley 16/1989 y habría continuado bajo la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2007... *En casos como el presente, en los que la conducta se extiende en el tiempo durante el plazo de vigencia de dos normas (la Ley 16/1989 y la Ley 15/2007), de acuerdo con el art. 128 de la Ley 30/1992 , el Consejo considera que es necesario aplicar una de las dos, debiendo optar por aquella que resulte más beneficiosa para la empresa imputada conforme a los principios de irretroactividad de la norma sancionadora más desfavorable y de retroactividad de la más favorable para el infractor en el caso en concreto. Dado que en el marco de este expediente no es posible afirmar que la Ley 15/2007 sea más favorable que la ley 16/1989 para ninguna de las empresas imputadas, el Consejo considera que ésta última debe ser la Ley*

sustantiva aplicable a la conducta imputada; a su calificación y sanción. Sin embargo, puesto que la incoación del expediente se produjo el 1 de abril de 2008, su tramitación se ha realizado conforme a las normas procesales de la Ley 15/2007, pues así resulta a contrario de la Disposición transitoria primera.1 de la misma."

Debe destacarse que ambas normas prohíben en su artículo 1.1.a) la misma conducta: los acuerdos que tengan por objeto produzcan o puedan producir el efecto de "la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio" en todo o en parte del mercado nacional, por lo que a efectos de la calificación jurídica de los hechos declarados probados, no tiene ninguna relevancia aplicar una u otra Ley.

En el presente caso la incoación se produjo el 16 de junio de 2008, y dada la doctrina anterior, es de aplicación la Ley 16/1989 en lo sustantivo, y la Ley 15/2007 en lo referente al procedimiento, debiendo desestimarse el presente motivo.

DÉCIMO: Finalmente la actora denuncia un error en la determinación de la sanción por tomar indebidamente en consideración un beneficio de 15,38€, por errónea determinación de la duración del acuerdo y no tomar en consideración la inexistencia de efectos de la conducta. Alega que se ha vulnerado el principio de proporcionalidad, el de confianza legítima y que se ha excedido del límite máximo establecido en el art. 10 de la LDC .

Como ya dijimos en nuestra sentencia de fecha 17 de julio de 2013 dictada en el recurso 182/2010 *"el tipo de acuerdo y su forma de implementación en el presente caso no pueden valorarse como algo puntual ya que si bien es cierto que el objeto último y más visible del cártel es el incremento de precios camuflado bajo un cambio de formato, el acuerdo de cártel tiene efectos desde la primera reunión, pues ya desde ese momento, en el que todos revelan sus estrategias comerciales (algo que supuestamente es información confidencial dada su categoría de información comercial sensible) desaparece la incertidumbre existente hasta ese momento, reduciendo o eliminándose consecuentemente cualquier incentivo que previamente hubiesen podido tener cualquiera de los asistentes a la reducción de precios, como por ejemplo la supresión total de cualquier intención, por leve que esta fuese, de aumentar cuota de mercado a través, por ejemplo, de una guerra de precios. Es evidente que la situación anterior a la formación del cártel era competitiva, y que cabía la posibilidad de una guerra de precios en el mercado. Por tanto, desde esta perspectiva, ya desde el 1 de diciembre de 2005 se puede valorar que el cártel tuvo sus efectos, no en un incremento de precios, pero sí en erradicar cualquier posibilidad de que alguien fuese a iniciar una guerra de precios, reduciendo la incertidumbre que preside todo mercado en competencia y por tanto, dada su aptitud para alterar la presión competitiva de los operadores en ella presente, no cabe sino calificarla como una conducta que infringe el artículo 1 LDC por su objeto, sin que sea preciso llegar a constatar los efectos. Ahora bien, en el caso presente se produjeron nuevos contactos y reuniones entre los integrantes del cártel y finalmente tres de sus miembros implementaron en los términos acordados el acuerdo, es decir, en las fechas acordadas redujeron el tamaño acordado, y mantuvieron los precios del antiguo formato.*

Por tanto los efectos del cártel no pueden ser solo analizados desde el punto de vista de la fijación del precio, que obviamente es el efecto más visible y cuantificable. La eliminación de cualquier posibilidad de que alguien fuese a iniciar una guerra de precios que antes del acuerdo existía, alterando la presión competitiva de los operadores, es otro de los efectos que la parte actora no considera y que se produjo

desde el momento en que se celebró la primera reunión el 1 de diciembre de 2005 habiéndose mantenido los precios desde que se implementaron en los términos acordados hasta que se redujeron significativamente, coincidiendo con las dos solicitudes de exención de clemencia que requieren la cesación de la conducta.

Se ha acreditado que las tres empresas (SARA LEE, HENKEL y PUIG) redujeron su envase a 650 ml y las tres mantuvieron su precio de tarifa en el mismo nivel. En el momento de incoación del expediente el envase se mantenía en los 650ml (parece que SARA LEE y HENKEL lo habrían reducido aún más a 600 ml en septiembre de 2008 y en mayo-junio de 2009, según consta en HA.3.3.1, por tanto esa variable no habría sido modificada por ninguna de las tres."

En el presente supuesto se han tomado dos variables relevantes para la determinación de efectos y que son la unidad de medida y el precio. Respecto de la primera de ellas la DI valora que para saber el efecto final sobre el precio, lo relevante debe ser éste por cada unidad de medida, bien sea el litro (l) o el mililitro (ml), y no el envase, ya que lo que compran los consumidores y venden las empresas afectadas en este expediente no son envases de gel, sino gel, y por lo tanto lo que interesa es el precio final del producto, y no hay otra forma de conocerlo más que referenciándolo a una cantidad, en este caso l ó ml.

Consta acreditado en el expediente, tanto en declaraciones de los solicitantes de clemencia, como en presentaciones obtenidas en inspecciones domiciliarias que la estrategia era la de reducir la capacidad del envase de gel desde los 750 ml a los 650 ml sin reducir el precio del envase, es decir, se pretendía mantener el valor nominal en €/envase, no el valor nominal por unidad de producto, es decir, no se pretende mantener el precio en €/ml. Por lo tanto, obviamente se produce un incremento del precio por unidad de producto en exactamente la cantidad estimada por la DI, es decir un incremento del 15.38% en el precio medido en €/ml. (Cuadros 6, 7 y 8 del HA. 3.3.2). Las alegaciones realizadas de que al no tener en cuenta la variación de otras variables, como los costes de cambio de formato, de comercialización, etc., ese incremento sería menor, no empuja la anterior conclusión porque de existir, afectarían al beneficio final de la empresa, medido como menos ingresos, pero no al incremento de precios que sufre el mercado, que es lo que paga el consumidor y que no es otro que el 15.38 %. Es decir los efectos en el mercado deben analizarse desde el punto de vista del consumidor, lo que éste realmente paga por el producto y no desde el punto de vista del beneficio industrial de la empresa.

Está claro que el acuerdo era reducir el formato manteniendo los precios por unidad de envase, no por unidad de producto. Es obvio que vender menos cantidad de producto al mismo precio supone un incremento de precios, y también es obvio que vender al mismo precio dos formatos de distinta capacidad es mantener el precio por envase al mismo nivel. Por último fijar precios no significa necesariamente igualdad de precios, como pretende PUIG, esto es, no significa que todos vayan a vender sus productos al mismo precio. El acuerdo supone fijar precios en el sentido que todos acordaron un precio fijo por unidad de envase, precio que suponía mantener el precio por envase, y que dado que el envase era de inferior capacidad, ello implica irremediabilmente un incremento de los precios.

Y en cuanto al precio PUIG, argumenta que los precios de tarifa no son los que deben tenerse en cuenta, sino los precios de cesión, y que dado que hubo aplicación de descuentos, promociones y otra serie de elementos, no es cierto que los precios se mantuvieran en el mismo nivel. Ahora bien la Sala coincidiendo con el Consejo, no

puede compartir tales alegaciones, pues el hecho de que se apliquen descuentos sobre el precio de tarifa no quiere decir que finalmente se venda el producto al mismo precio por milímetro que antes del acuerdo, pues el precio de tarifa que figura en los listados es por envase, y la negociación con los clientes sobre descuentos por cantidades, rápeles, etc, antes y después del acuerdo no tiene por qué haberse visto modificada, es decir, se sigue haciendo por envases adquiridos. Cuestión distinta sería si se hubiesen cambiado los criterios de descuento y si éstos se hubiesen reflejado no sólo en los precios de cesión, sino en los de venta al público, algo que no ha sido ni alegado ni acreditado. Por tanto el precio al consumidor final por envase se mantendrá en el mismo nivel, y dado que dicho envase contiene un 15.38% menos de producto, la consecuencia inmediata es que el precio ha subido en la misma proporción, aunque como decíamos antes no lo hayan hecho los beneficios industriales de la empresa.

Por ello los informes periciales aportados a instancia de parte no sirven para enervar las anteriores conclusiones, porque las conclusiones que en los mismos se alcanzan se analizan desde el punto de vista de los ingresos netos de la empresa, que se dice descenden y con ello su rentabilidad y se distingue entre precio cesión y precio tarifa, éste último estable entre febrero de 2006 y febrero de 2008. No obstante no es ésta la cuestión litigiosa, no es el precio que paga el distribuidor al fabricante, con o sin descuentos, lo que debe tomarse en consideración, sino el precio que paga el consumidor y que es el mismo por menos cantidad de producto, lo que implica una subida de precios de forma indirecta o camuflada y que tiene su origen en el acuerdo sancionado. De hecho el informe pericial del Profesor D. Héctor al concluir en el folio 14 que el crecimiento de precios de las marcas de PUIG no fue del 15%, sino menor, (no dice de cuánto), de forma pausable reconoce dicho crecimiento del PVP.

Respecto a los efectos en el Mercado la DI valora lo siguiente: *"Cabe destacar que el control de la oferta y, por tanto, la posibilidad de mantener artificialmente elevados los precios, supone una pérdida del excedente del consumidor de gel de baño y ducha, que no se correspondería con la asignación eficiente del mercado en ausencia de este acuerdo. Adicionalmente, la restricción de la competencia derivada del acuerdo adoptado por las empresas del cártel puede suponer una merma en la innovación y la calidad del producto, puesto que el precio se fijaba entre las principales empresas competidoras en el sector y la motivación para una mejora de dicho producto difícilmente podría derivar de dicha competencia, reduciéndose de forma sustancial los incentivos de dichas empresas para comportarse de forma comercialmente más agresiva".*

"Por otra parte, aun en este caso en el que el acuerdo no fue implementado por la totalidad de las empresas participantes en el cártel, ante el incumplimiento de COLGATE de ejecutar lo acordado, ello no significa que dicho cártel no haya sido efectivo y se haya implementado y que sus efectos sobre el mercado no hayan sido anticompetitivos, como señala la teoría económica y ha indicado también el Consejo de la CNC (Resolución del Consejo de la CNC de 31 de marzo de 2008 (Expediente 623/07, Transportes Barcelona) , puesto que incluso cuando la restricción competitiva no es perfecta, puede conseguirse un incremento de los precios beneficiosos para el cártel si se consigue una reducción de la producción con respecto al nivel de producción competitivo, y provocar con ello un daño social considerable, como así ha sido en este caso".

Sobre la duración de la conducta la DI sostiene que " esta DI señala que la duración de la infracción debe considerarse desde diciembre de 2005, fecha en la que se iniciaron las negociaciones entre las empresas competidoras para alcanzar este

acuerdo, trasladando desde la primera reunión información comercial sensible . Respecto a la finalización del cártel, éste viene dado por la duración de sus efectos en el mercado, considerando esta DI que éstos se mantuvieron, al menos, hasta la presentación de las solicitudes de clemencia el 28 de febrero de 2008 por Henkel y Sara Lee (pues al presentar dichas solicitudes debieron poner fin a su participación en el cártel en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 65.2 de la LDC), coincidiendo en el tiempo con la primera reducción significativa de los precios de los geles de baño y ducha realizada por Puig, el 1 de marzo de 2008".

Y en cuanto a la sanción que procede imponer, el artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia establece la posibilidad de que el Consejo de la CNC imponga a aquellos que, por negligencia o deliberadamente, infrinja lo dispuesto en el artículo 1 de la LDC , multas de hasta 150.000.000 pesetas (901.518 euros), que pueden ser incrementadas hasta el 10 por ciento del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediatamente anterior a la Resolución del Tribunal.

La cuantía ha de ponderarse atendiendo a la importancia de la infracción. Y para ello el artículo 10 establece los diferentes criterios que se deben tener en cuenta, entre ellos la modalidad y alcance de la infracción, la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de las empresas correspondientes, los efectos sobre el mercado, o la duración de la infracción.

Señala la resolución impugnada que en el caso que nos ocupa nos encontramos con una conducta en la que sus participantes han formado e implementado un cártel con el único objeto de incrementar el precio final del producto vendido, en aras a mejorar su supuestamente baja rentabilidad. Es por ello una conducta considerada como muy grave en el derecho de la competencia.

La dimensión del mercado afectado va más allá que la que se derivaría exclusivamente de las marcas participantes en el acuerdo, pues como se ha acreditado las marcas participantes cubren todas las gamas de calidad y precio del mercado de gel de baño y ducha en España, desde las más a las menos económicas. Se trata además de las marcas líderes del mercado en sus gamas, por lo que el precio que marcan sirve de referencia para fijar el precio no sólo a los fabricantes de marcas blancas, sino también del resto de marcas de fabricante con menor presencia en el mercado. Es decir, el precio de estas marcas líderes sirve para que las demás, que no están presentes en el acuerdo, tomen esos precios como referencia y fijen los suyos con la distancia relativa con la que siempre lo hacen. El resultado final es que todos los demás pueden seguir una política de incrementar sus precios sin el riesgo de perder clientes, de forma que a nivel agregado el precio medio de todo el mercado experimentará una subida.

Las empresas imputadas por la conducta representan casi la mitad del mercado afectado, y la duración para cada una de ellas ha sido establecida en el FD Sexto, en 27 meses para SARA LEE, HENKEL y PUIG, y en 11 meses para GOLGATE.

Con respecto a los efectos de la práctica ha quedado acreditado un incremento del 15.38% sobre el precio final de tarifa de los productos afectados, de tal forma que en ausencia de otras consideraciones el beneficio derivado de tal conducta para los infractores debería calcularse aplicando dicho incremento a los productos vendidos por los infractores objeto de esta conducta. Ahora bien, dado que el alcance de la conducta va más allá de simplemente estos productos, pues como hemos argumentado el precio de todos los demás productos en el mercado de esta categoría puede haberse visto

incrementado, el efecto sobre los consumidores y usuarios puede ser mayor, pues incluso los que no adquieren esas marcas pueden estar pagando un precio mayor por otras marcas que no forman parte del acuerdo pero que al hilo de estas subidas han incrementado también sus precios. Por tanto, con el fin de considerar el efecto sobre los demás productos en este mercado, podría considerarse calcular el importe de la multa aplicando a los ingresos antes señalados un porcentaje significativamente superior al del citado 15.38%.

Es por ello que atendiendo tanto a los efectos acreditados como a la aptitud en sentido contrario de ciertos indicios, el Consejo considera proporcionado fijar la sanción en un importe no superior al 5% del volumen de ventas correspondiente a los productos y marcas afectadas directamente por la infracción, a pesar de que el mercado afectado por la infracción se aprecia que es superior y dado que la sanción así establecida no supera el 10% del volumen de ventas total, consideramos que la resolución impugnada, es también conforme a derecho en este extremo, al no haberse traspasado el límite establecido en el art. 10 de la LDC .

UNDÉCIMO: De todo lo anterior deriva la procedencia de desestimar el presente recurso sin que se aprecien circunstancias que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, según el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Vistos.- los artículos legales citados por las partes y demás de general y pertinente aplicación, y siendo Ponente la Ilma. Sra. D^a ANA ISABEL RESA GOMEZ, Magistrada de la Sección.

F A L L O

Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS

el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **PUIG BEAUTY & FASHION GROUP, S.L.** contra Resolución de fecha 21 de enero de 2010 de la Comisión Nacional de la Competencia, a que las presentes actuaciones se contraen que declaramos ajustada a Derecho, en cuanto a los extremos impugnatorios examinados. Sin expresa imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma 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 Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, Ilma. Sra. D^a ANA ISABEL RESA GOMEZ estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo. Doy fe.