

RESOLUCIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA

(Expte. VS/0303/10, DISTRIBUIDORES DE SANEAMIENTO, empresa SUMINISTROS MARVAL, S.L.)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D. Josep María Guinart Solà

D^a Clotilde de la Higuera González

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

Secretario

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 11 de octubre de 2017

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente VS/0303/10, DISTRIBUIDORES DE SANEAMIENTO cuyo objeto es la ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2016 (recurso 3811/2015) por la que se estima el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de noviembre de 2015 (recurso 351/2013) dictada como consecuencia del recurso interpuesto por SUMINISTROS MARVAL, S.L. (en adelante MARVAL) en relación con la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 23 de mayo de 2013 (Expediente S/0303/10, DISTRIBUIDORES DE SANEAMIENTO).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por Resolución de 23 de mayo de 2013, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante CNC), en el expediente de referencia, acordó en relación con MARVAL:

“PRIMERO. Declarar que en este expediente ha resultado acreditada la existencia de una infracción única y continuada del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia consistente en un cártel integrado por distribuidores de productos de saneamiento y fontanería, consistente en la fijación de condiciones comerciales relativas a precios en los términos que se detallan en el Fundamento de Derecho Quinto.

SEGUNDO. Declarar que son sujetos responsables de esta infracción de cártel las empresas (...); SUMINISTROS MARVAL, S.L.; (...).

TERCERO. Imponer a las referidas empresas como autoras de la conducta infractora las siguientes multas sancionadoras: (...), Seiscientos ocho mil ciento diecinueve euros (608.119€) a SUMINISTROS MARVAL, S.L., (...)

QUINTO. Intimar a las empresas sancionadas para que en lo sucesivo se abstengan de cometer prácticas como las sancionadas u otras similares que puedan obstaculizar la competencia.

SEXTO. Instar a la Dirección de Investigación para que vigile el cumplimiento íntegro de esta Resolución.”

2. Con fecha 27 de mayo de 2013 le fue notificada a MARVAL (folio 317.20) la citada Resolución contra la que interpuso recurso contencioso administrativo (351/2013), que fue estimado por la Audiencia Nacional (Sentencia de 2 de noviembre de 2015) que anula la Resolución de 23 de mayo de 2013 por caducidad. Contra ella se interpuso recurso de casación (3811/2015).
3. Con fecha 26 de julio de 2016, el Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso de casación en lo relativo al importe de la multa, ordenando a la CNMC a realizar un nuevo cálculo de la multa de conformidad con la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015. Esta Comisión recibió el 14 de noviembre de 2016 testimonio de la sentencia, con expresión de su firmeza.
4. Con fecha 29 de abril de 2013, el Consejo de la CNC requirió a MARVAL la aportación de información sobre su volumen de negocios total antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados en el ejercicio 2012 ascendió a 6.081.190,77 € (folio 1804).
5. Con fecha 14 de octubre de 2016, la Dirección de Competencia de la CNMC requirió a MARVAL la confirmación de su volumen de negocios total en el año 2012. Mediante escrito de fecha 31 de octubre de 2016, MARVAL confirmó que dicho volumen de negocio total en 2012 ascendió a 6.081.190,77 € (folio 1833).
6. Es interesado: SUMINISTROS MARVAL, S.L.
7. El Consejo deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 11 de octubre de 2017.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO.- Habilitación competencial

De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a la CNMC compete *“aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia”*. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de *“resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio”* y según el artículo 14.1.a) del Estatuto orgánico de la CNMC aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, *“la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio”*.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO. Sobre la ejecución de sentencias del Tribunal Supremo

Según establece el artículo 104 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Administración que hubiera realizado la actividad objeto del recurso deberá llevar a puro y debido efecto las sentencias firmes, practicando lo que exige el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo.

Tal y como se ha recogido en los antecedentes, la Resolución de la CNC de 23 de mayo de 2013, dictada en el S/0303/10, DISTRIBUIDORES DE SANEAMIENTO, impuso una multa de 608.119 € a MARVAL, contra la que ésta interpuso recurso contencioso administrativo.

El recurso interpuesto fue inicialmente estimado por Sentencia de 2 de noviembre de 2015 de la Audiencia Nacional. Mediante Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2016 se casa la Sentencia de la Audiencia Nacional y se estima parcialmente el recurso presentado por MARVAL, anulando la multa y ordenando a la CNMC a que cuantifique la sanción pecuniaria conforme a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, en los términos fijados en la propia sentencia.

TERCERO. Sobre la determinación de la sanción

3.1. Hechos probados y determinación de la sanción en la Resolución de 23 de mayo de 2013

Para la ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo y la imposición de la sanción correspondiente a MARVAL hay que partir de los hechos acreditados que se imputan a dicha empresa en la Resolución de 23 de mayo de 2013 y que han sido corroborados por el Tribunal Supremo.

En particular, sin perjuicio de hacer íntegra remisión a los hechos probados y fundamentación jurídica de la resolución confirmada por la sentencia que ahora se ejecuta, cabe señalar lo siguiente:

- De conformidad con el dispositivo primero de la resolución, MARVAL (entre otros) fue declarada responsable de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, consistente en un cartel integrado por distribuidores de productos de saneamiento y fontanería, consistente en la fijación condiciones comerciales relativas a precios.
- En particular, según lo señalado en el Fundamento de Derecho Sexto, *MARVAL es responsable de la infracción de cártel durante el periodo que va desde el 13 de febrero de 2008 hasta el 5 de mayo de 2011*. En el expediente está acreditado que MARVAL ha participado en las reuniones en las que se acordó el mantenimiento de un registro de morosos, el establecimiento de un recargo de financiación y descuentos máximos y, además, está acreditado en el expediente que MARVAL ha sido partícipe de la base de datos sobre morosidad “Gest-rec”.

La Sentencia que ahora se ejecuta obliga a reconsiderar todo el proceso de determinación de la sanción. La Resolución del Consejo de la CNC de 23 de mayo de 2013 motivó la determinación de las multas sobre la base de los criterios siguientes:

- Dimensión y características del mercado afectado por la conducta.
“En este caso, como ya se ha señalado previamente, se considera que la conducta ha afectado a la venta al por mayor de materiales con los que se procede a la instalación, mantenimiento y reparación de conducciones de agua y otros fluidos, así como de otros servicios sanitarios, de calefacción y/o refrigeración en edificios. La DI solicitó información a las empresas sobre el volumen de ventas por este concepto durante el periodo 2008-2011 y esta información obra en el expediente (ver referencia a los folios que la contienen en el apartado correspondiente a cada empresa en el Hecho Probado Primero).”
- Alcance y efectos de la conducta
“La conducta tiene aptitud para distorsionar la competencia y desplegar sus efectos fundamentalmente en la zona del Levante del territorio nacional y provincias limítrofes.
Respecto a la ausencia de efectos o de beneficio ilícito alegada por muchas de las partes, no es ésta la conclusión que se desprende de las propias afirmaciones de las empresas en las actas. No puede negarse la existencia de efectos de unos acuerdos que tienen aptitud para distorsionar la competencia y que han sido efectivamente aplicados. Cuestión diferente es que tales efectos no hayan sido cuantificados.
De hecho, en diversas ocasiones las empresas partícipes en el cártel consideran que la iniciativa de aplicar recargos, pese al rechazo de algunos clientes, fue positiva (apartados 260 ó 358 del Hecho Probado 3.2) y que se consiguió el propósito perseguido (apartado 392 del Hecho Probado 3.2).

También ha debido tener éxito el acuerdo de fijación de descuentos cuando, pese a las dificultades que hayan podido encontrar, se pone de manifiesto que (apartado 396 del Hecho Probado 3.2):

"lo bueno de todo lo que hacemos es que por lo menos hemos subido de margen 4 puntos. Se puede conseguir un poco más en esos artículos pequeños que suelen valer céntimos duplicándoles el precio."

El Consejo consideró que el cartel generó efectos distorsionadores sobre los precios:

"Considera, además su aptitud para distorsionar la competencia sobre la variable precios en una parte relevante del territorio nacional en el que las empresas implicadas en la infracción tienen un peso significativo en la distribución de determinados productos, como las actas revelan."

- Duración.

En lo referente a la duración, el cartel va desde el 13 febrero de 2008, fecha de la primera reunión de la que se tiene constancia hasta el 5 de mayo de 2011, fecha en la que se realizó la inspección, con independencia de que cada empresa haya participado de diferente manera en el mismo, lo que se tiene en cuenta a la hora de acotar la responsabilidad de cada una de ellas.

Atenuantes y agravantes.

No se apreciaron circunstancias atenuantes ni agravantes, excepto para G.VILAR por la naturaleza y calidad de la información y por el momento en que la aportó, previo a la inspección, por lo que se considera merecedora de un atenuante del 10%.

- Cálculo del importe básico y límite del 10%

De cara a fijar el porcentaje o tipo para el cálculo de la sanción, teniendo en cuenta que se trata de una infracción muy grave, el Consejo –junto con los criterios que contempla el artículo 64- decidió aplicar a todas las empresas por igual un 10% sobre volumen de ventas afectado por la infracción, en línea con otros precedentes, dado que su participación en el acuerdo fue la misma. Por último, el importe se redujo al 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio anterior en aquellos supuestos en que la multa calculada resultaba superior a dicho porcentaje.

En el caso de MARVAL, la determinación de la multa obedecía a los siguientes datos:

	VNMA ponderado por antigüedad de la infracción	Porcentaje (%)	Importe básico sanción (€)	Importe multa reducido al 10% volumen total
MARVAL	14.811.024 €	10%	1.481.102 €	608.119 €

3.2. Criterios expuestos por el Tribunal Supremo.

De acuerdo con los razonamientos jurídicos de la Sentencia del Tribunal Supremo que aquí se ejecuta, la determinación de la sanción deberá adecuarse a los criterios expresados en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015¹ que son, en esencia, los siguientes:

- Los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben individualizarse. Tales límites *“constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje”*. *“Se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica. Cada uno de esos tres porcentajes, precisamente por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría, han de servir de referencia para, a partir de ellos y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones.”*
- En cuanto a la base sobre la que calcular el porcentaje de multa, que en este caso podría llegar hasta el 10% por tratarse de una infracción muy grave, el artículo 63.1 de la LDC se refiere al *“volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa”*, concepto con el que el legislador, como señala el Tribunal Supremo, *“lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al “todo” de aquel volumen”*.

Sobre la base de estas premisas ha de concluirse que la nueva determinación de la sanción deberá concretarse en un arco que discurre del cero al 10% del volumen de negocios total de las empresas infractoras en el ejercicio anterior al de dictarse resolución (esto es, 2012). Dentro de dicho arco sancionador, la multa deberá determinarse conforme a los criterios de graduación previstos en el artículo 64 de la Ley 15/2007.

3.3. Criterios para la determinación de la sanción a MARVAL basados en los hechos acreditados en la sanción original (S/0303/10)

La infracción que acredita la Resolución de 23 de mayo de 2013 (y confirma el Tribunal Supremo) de la que es responsable MARVAL, entre otras, es una infracción muy grave (art. 62.4.a) y por tanto podrá ser sancionada con una multa de hasta el 10% del

¹ También, en idéntico sentido, las sentencias del Alto Tribunal de 30 de enero de 2015 (recursos 1476/2014 y 1580/2013), entre otras.

volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1.c), esto es, 2012.

Como se ha mencionado, consta en el expediente que el 8 de mayo de 2013 MARVAL presentó su facturación total en España antes de la aplicación del IVA y otros impuestos, para 2012, siendo ésta de 6.081.190,77 euros.

Sobre estas premisas, el porcentaje sancionador a aplicar en el presente expediente debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 64.1 de la LDC, de conformidad con lo expuesto en la Resolución de 23 de mayo de 2013 (Expediente S/0303/10, DISTRIBUIDORES DE SANEAMIENTO), siguiendo los criterios de la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El mercado afectado por la conducta es el de venta al por mayor de materiales con los que se procede a la instalación, mantenimiento y reparación de conducciones de agua y otros fluidos, así como de otros servicios sanitarios, de calefacción y/o refrigeración en edificios en la zona del Levante del territorio nacional y provincias limítrofes.

Los acuerdos consistían en aplicar de manera coordinada determinados recargos financieros a clientes, descuentos máximos de venta para determinados productos, intercambios de información en relación a los precios y descuentos sobre otros aspectos comerciales sensibles (portes, volúmenes de ventas, proveedores, etc.) así como la creación de una plataforma para el intercambio de información sobre condiciones de pago de clientes.

La duración del cartel es desde el 13 de febrero de 2008 hasta el 5 de mayo de 2011 y la participación de MARVAL alcanza a todo el periodo del mismo.

El ámbito geográfico afectado comprende la Comunidad Autónoma de Valencia y provincias limítrofes.

La tabla siguiente recoge el volumen de negocios de MARVAL en el mercado afectado (VNMA) durante la duración de la infracción. Asimismo, a efectos de la individualización de las sanciones, se muestra la participación de MARVAL en el mercado afectado por la conducta teniendo en cuenta todas las empresas infractoras. La cuota, de casi el 14%, es la segunda más elevada de todos los componentes del cártel.

Empresas infractoras	Volumen de negocios en el mercado afectado (VNMA, €)	% del VNMA
SUMINISTROS MARVAL	20.199.687	13,9
RESTO DE INFRACTORAS NO OBJETO DE RECÁLCULO	125.060.940	86,1

Las infractoras establecieron, además, mecanismos de seguimiento y vigilancia de los acuerdos adoptados. En concreto, las infractoras se valieron de un sistema de mensajería encriptado que no deja rastro de los mensajes intercambiados.

Aunque la acreditación de efectos no es indispensable en el caso de un pacto colusorio entre competidores, la resolución de la CNC considera que no puede negarse la existencia de efectos de unos acuerdos que tienen aptitud para distorsionar la competencia y que han sido efectivamente aplicados. Asimismo, aparecen en el expediente pruebas de los beneficios del cartel para los infractores y que reflejan la subida de precios y márgenes.

Finalmente, la resolución original no apreció circunstancias atenuantes ni agravantes en el caso de MARVAL.

Siguiendo la precitada Sentencia del Tribunal Supremo, el conjunto de factores expuestos anteriormente –gravedad de la infracción, duración, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado, seguimiento de los acuerdos, participación en la conducta de la infractora, no concurrencia de agravantes y atenuantes– permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración global de la densidad antijurídica de la conducta de las empresas. El tipo sancionador que corresponde aplicar a MARVAL, de acuerdo con la gravedad y circunstancias de la conducta y su respectiva participación en ella, es del 5,4%.

La utilización del volumen total de ventas de cada empresa como base para la aplicación del tipo sancionador que le corresponde a cada una en función de su conducta, de acuerdo con el artículo 63 de la LDC, exige realizar un último ejercicio de ponderación de la proporcionalidad de la sanción, particularmente en el caso de empresas multiproducto. Para ello se hace necesario realizar una estimación del beneficio ilícito que la entidad infractora podría haber obtenido de la conducta en el mercado afectado, bajo supuestos muy prudentes (que es lo que puede denominarse beneficio ilícito potencial ²).

En este sentido, aunque un tipo sancionador fuera proporcionado a la gravedad y características de la infracción cometida, la aplicación de ese porcentaje al volumen de negocios total de la empresa podría conducir a una sanción en euros que no respetara la proporcionalidad con la efectiva dimensión de la conducta anticompetitiva cuando se trate de una empresa que actúa en otros mercados además de en el mercado afectado por la infracción (empresa multiproducto).

Sin embargo, en el caso de MARVAL no apreciamos esta circunstancia pues el importe de la sanción que le corresponde, de acuerdo con su conducta, es de 328.384 euros, por lo que la sanción se considera proporcionada.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la CNMC en Sala de Competencia

² Estos supuestos se refieren a diversos parámetros económicos, entre otros el margen de beneficio de las empresas en condiciones de competencia, la subida de los precios derivada de la infracción y la elasticidad-precio de la demanda en el mercado relevante.

HA RESUELTO

PRIMERO.- Imponer a SUMINISTROS MARVAL, S.L., en ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2016 (recurso 3811/2015) que casa la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de noviembre de 2015 (recurso 351/2013), y en sustitución de la inicialmente impuesta en la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 23 de mayo de 2013 (Expte. S/0303/10, DISTRIBUIDORES DE SANEAMIENTO), la multa de **328.384 euros**.

Comuníquese esta Resolución a la Audiencia Nacional y a la Dirección de Competencia, y notifíquese a la parte interesada haciéndole saber que la misma ha sido dictada en ejecución de sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 104 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y que contra ella pueden promover incidente de ejecución de sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 109 de la citada Ley 29/1998, de 13 de julio, sin perjuicio de la posibilidad de interponer recurso contencioso administrativo ordinario, en el plazo de dos meses desde el día siguiente al de notificación de la resolución, de acuerdo con lo resuelto por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.