

RESOLUCIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA**Expte. VS/0423/12 MUNTERS (empresas MANUFACTURAS METÁLICAS MADRILEÑAS, S.L. y MUNTERS SPAIN)****CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA****Presidente**

D. José María Marín Quemada

ConsejerosD^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep María Guinart Solà

D^a Clotilde de la Higuera GonzálezD^a. María Pilar Canedo Arrillaga**Secretario del Consejo**

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 26 de julio de 2018

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/0423/12, MUNTERS, cuyo objeto es la ejecución de las sentencias de la Audiencia Nacional de 22 de febrero y 21 de marzo de 2014 (recursos 99/2014 y 78/2014) por las que se estiman parcialmente los recursos interpuestos por las empresas MANUFACTURAS METÁLICAS MADRILEÑAS, S.L. (en adelante MMM) y MUNTERS SPAIN (en adelante MUNTERS) en relación con la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 26 de diciembre de 2013 (Expediente S/0423/12, MUNTERS).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por Resolución de 26 de diciembre de 2013, el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante CNMC), en el expediente de referencia, acordó:

“PRIMERO. - Declarar acreditada la existencia de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, constitutiva de una infracción muy grave tipificada en el artículo 62.4.a) de la misma Ley.

SEGUNDO. - Declarar responsables de dicha infracción a MANUFACTURAS METÁLICAS MADRILEÑAS, S.L. y a MUNTERS SPAIN, S.A.U y declarar responsables solidarios de la infracción cometida por MUNTERS SPAIN

S.A.U. a MUNTERS AB, AB CARL MUNTERS, MUNTERS EUROPE AB y MUNTERS BELGIUM NV-SA.

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

- *Trescientos diecinueve mil cien euros (319.100 €) a MANUFACTURAS METÁLICAS MADRILEÑAS, S.L.*
- *Trescientos diecinueve mil cien euros (319.100 €) a MUNTERS SPAIN, S.A.U. de la que responderán solidariamente MUNTERS SPAIN S.A.U. a MUNTERS AB, AB CARL MUNTERS, MUNTERS EUROPE AB y MUNTERS BELGIUM NV-SA.*

CUARTO. *Instar a la Dirección de Competencia para que vigile el cumplimiento íntegro de esta Resolución”.*

2. Con fecha 27 de diciembre de 2013, se notificó a las interesadas la citada Resolución (folios 34.1 y 34.2) contra la que interpusieron recursos contencioso administrativos (recursos 99/2014 y 78/2014). MMM solicitó la suspensión de la Resolución de 26 de diciembre de 2013, que fue concedida mediante Auto de 12 de mayo de 2014.
3. Con fecha 30 de enero de 2014, MUNTERS procedió al pago de la sanción impuesta en la resolución de 26 de diciembre de 2013 por importe de 319.000 euros.
4. Con fecha 5 de febrero de 2014, tuvo entrada en el registro de la CNMC, escrito del administrador único de MMM en el que solicitaba la subsanación de error aritmético contenido en la Resolución de 26 de diciembre.
5. Con fecha 4 de abril de 2014, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, resolvió:

“ÚNICO. - *Corregir el error material existente en la Resolución de 26 de diciembre de 2013 y determinar que tanto el beneficio ilícito obtenido por las empresas responsables de la infracción como la cuantía final de la sanción correspondiente a cada una de ellas deben calcularse partiendo de las ofertas presentadas en las licitaciones de 2010 y 2011 documentadas en el expediente que no incluyan el IVA, de acuerdo con lo expresado en el Fundamento de Derecho Segundo”.*

El FD Segundo señalaba que *“De acuerdo con lo anterior, y siguiendo el criterio expresado en la citada Resolución respecto tanto a que el importe de la multa a imponer a los autores de la conducta no sea inferior al duplo del beneficio ilícito obtenido y al reparto de dicha suma total por mitades, la cuantía global de la sanción debe ser 540.848 € en lugar de los 638.200 € expresados en la citada resolución, imponiendo una multa de 270.424 euros a MMM y otra por igual importe a MUNTERS SPAIN, en lugar de los 319.100 euros inicialmente calculados”.*

6. Con fecha 23 de abril de 2014, de acuerdo con lo recogido en la resolución de 4 de abril de 2014 en la que se imponía una nueva multa por importe de 270.424 euros, la Secretaría General de la CNMC solicitó a la Subdirección General del Tesoro la devolución de la diferencia entre el importe inicial abonado y el nuevo importe de la sanción, siendo ésta de 48.676 euros.
7. Mediante Sentencias de 22 de febrero de 2017 (recurso 99/2014) y 21 de marzo de 2017 (recurso 78/2014), la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) estimó en parte los recursos interpuestos por MMM y MUNTERS contra la resolución de 26 de diciembre de 2013, ordenando a la CNMC a realizar un nuevo cálculo de la multa en atención a los criterios legales de graduación debidamente motivados, con aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007. Contra dichas sentencias, ambas empresas interpusieron recursos de casación (2719/2017 y 2855/2017) que fueron inadmitidos mediante Autos del Tribunal Supremo de 18 y 25 de septiembre de 2017.

Esta Comisión recibió el 25 de octubre de 2017 testimonio de los Autos.

8. Con fecha 30 de mayo de 2018, la Dirección de Competencia ha solicitado a la Delegación de Economía y Hacienda de Madrid, la devolución de la multa abonada por MUNTERS de 270.424 euros.
9. MMM presentó escrito de alegaciones de fecha 16 de mayo de 2013 ante la CNMC, en el que informaba que su volumen de negocios total consolidado antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados correspondiente al año 2012 ascendió a 3.787.287,38 euros (folio 877 expte. S/0423/12). Asimismo, MUNTERS informó en su escrito de alegaciones de 19 de abril de 2013 que el volumen de negocios total consolidado de MUNTERS SPAIN S.A.U. en el año 2012, antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados, fue de 3.884.000 euros (folio 784 expediente S/0423/12). Señala además que el volumen de negocios total consolidado antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados, de MUNTERS AB y sus filiales en el año 2012 ascendió a 466.670.000
10. Son interesados:
 - MANUFACTURAS METÁLICAS MADRILEÑAS, S.L.
 - MUNTERS SPAIN
 - MUNTERS AB
 - AB CARL MUNTERS
 - MUNTERS EUROPE AB
 - MUNTERS BELGIUM NV-SA.

11. La Sala de Competencia deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 26 de julio de 2018.

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 las Sentencias de la Audiencia Nacional

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 CNMC de 26 de diciembre de 2013 (rectificada por resolución de 4 de abril de 2014) impuso multas de 270.424 euros a MMM y a MUNTERS. Contra ella ambas empresas interpusieron recurso contencioso administrativo.

Los recursos interpuestos, fueron estimados parcialmente por la Audiencia Nacional, anulando las multas y ordenando a la CNMC a cuantificar de nuevo las sanciones pecuniarias 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 sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, entre otras.

TERCERO. Sobre la determinación de la sanción

3.1. Hechos probados y determinación de la sanción en la Resolución de 26 de diciembre de 2013

Para la ejecución de las referidas Sentencias de la Audiencia Nacional y la imposición de la sanción correspondiente a MMM y a MUNTERS hay que partir de los hechos

acreditados que se les imputan en la Resolución de 26 de diciembre de 2013 y que han sido corroborados por los Tribunales.

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 FD Cuarto de la Resolución, MUNTERS y MMM incurren en una conducta prohibida por el artículo 1 de la LDC al haber pactado la limitación de la competencia en las licitaciones convocadas por el Ministerio de Defensa para la compra de calentadores móviles de tiendas de campaña.

En particular, según lo señalado en el FD Cuarto, el Consejo declaró que *“el aspecto central de debate sobre el que debe pronunciarse la Sala de Competencia consiste en la calificación de la relación entre MUNTERS y MMM en el mercado. Una vez admitido que la relación entre ambas empresas, tal y como aparece descrita en el expediente, es una relación entre empresas competidoras, la conducta vendría correctamente imputada y las mismas serían responsables de un acuerdo ilícito entre competidores, prohibido por el artículo 1 de la LDC, calificado como infracción muy grave por el artículo 62.4.a) de la LDC.”*

Sobre la individualización de la responsabilidad de cada empresa en la infracción acreditada, el FD Séptimo determina:

“En lo concerniente a MMM y MUNTERS SPAIN la responsabilidad deriva en su condición de autoras directas de la conducta ilícita analizada.

La DI sostiene la responsabilidad de las demás empresas del grupo MUNTERS sobre la base de dos criterios de imputación distintos. En lo referente a MUNTERS EUROPE y MUNTERS BELGIUM, el título de imputación trae causa de haber estas empresas contribuido con actos eficaces para la plena implementación del acuerdo alcanzado entre MMM y MUNTERS SPAIN que aquí se sanciona. Así, MUNTERS EUROPE fue la empresa que comunicó a SUPEIM las razones por las que no se iban a suministrar los equipos que como empresa adjudicataria de un expediente de contratación iba a distribuir al Ejército de Tierra de España, por lo que habría participado de forma directa en la implementación del acuerdo investigado en el expediente de referencia. Por su parte, MUNTERS BELGIUM concedió un certificado a SUPEIM para la distribución y venta de calentadores que SUPEIM presentó en el expediente de contratación, certificado que posteriormente MUNTERS BELGIUM anuló, por lo que también habría participado de forma directa en la implementación del acuerdo investigado. Ambas empresas, pues, mediante sus actos, contribuyen de forma esencial a la ejecución del acuerdo, consiguiendo con ello la producción efectiva de sus efectos en la esfera de las licitaciones convocadas por el Ministerio de Defensa. No cabría de ello deducir una distinta infracción o conducta imputable a cada una de ellas, sino una responsabilidad solidaria entre toda ellas respecto del ilícito cometido.

Por otro lado, tanto MUNTERS SPAIN como MUNTERS EUROPE son filiales 100% participadas por AB CARL MUNTERS. A su vez, tanto AB CARL MUNTERS como

MUNTERS BELGIUM son filiales 100% participadas por MUNTERS AB, a la que cabe atribuir la condición de matriz, directa o indirecta, de todas ellas [...]”.

La Sentencia que ahora se ejecuta obliga a reconsiderar el proceso de determinación de la sanción.

Por lo que se refiere a la determinación de la multa, la Resolución de 26 de diciembre de 2013¹, en primer lugar, justificaba las razones de apartarse de la metodología general prevista en la Comunicación de 6 de febrero de 2009 de la CNC sobre cuantificación de sanciones de la siguiente forma:

“Así, no puede en este caso fijarse un importe básico de la sanción a la luz del volumen de negocios en el mercado afectado ponderado por la duración de la conducta (párrafos 9 a 15). Dicho método no constituiría la vía que mejor reflejara el grado de reproche y la adecuación al fin disuasorio que la sanción debe cumplir.

No obstante, sí procede tomar en consideración el párrafo (19) de la Comunicación cuando señala que “cuando sea posible calcular el beneficio resultante de la infracción, o beneficio ilícito del infractor, la multa no podrá ser inferior al mismo”. En este mismo sentido conviene traer a colación el criterio de graduación que fija el artículo 64.e) de la LDC (“el efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos”), así como el de la letra f) del mismo precepto legal (“los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción”). Asimismo, conviene apuntar que el órgano instructor señala que para fijar el importe de la sanción se deberían tener en cuenta “los importes de las ofertas presentadas por MMM en las distintas licitaciones convocadas por el Ministerio de Defensa para la adquisición de calentadores de aire móviles, especialmente la del año 2011”.

Consta acreditado en el expediente que en la licitación correspondiente a 2011 la oferta económica presentada por MMM ascendió a 712.720€ y la oferta más competitiva e inicialmente adjudicataria fue la de SUPEIM, con un importe de 483.800€. Según lo analizado, la conducta articulada entre MUNTERS y MMM conduce a impedir la formalización del contrato con SUPEIM y su adjudicación a favor de la propia MMM.

Una vez constatada que la oferta de SUPEIM fue inicialmente la adjudicataria y que, en consecuencia, no cabría en ella presumir una baja temeraria o desproporcionada, cabría cifrar en la diferencia, tanto el efecto económico que la conducta habría tenido, como el beneficio ilícitamente obtenido por MMM y MUNTERS. Efectivamente, dicho beneficio cabría entenderse compartido entre MUNTERS y MMM y puede cifrarse en la diferencia entre la oferta económica de SUPEIM y la de MMM, esto es, 228.920 €. En cuanto a la licitación correspondiente a 2010, si bien los datos obrantes en el expediente ofrecen menor grado de detalle sobre su proceso, puede también constatarse como a pesar de puntuaciones técnicas y aritméticas (al margen oferta económica) equivalentes entre MMM (total: 4,8324) y SUPEIM (total: 4,5824), la adjudicación fue finalmente para MMM,

¹ FD Octavo de la Resolución.

constando una oferta económica de SUPEIM significativamente más competitiva (así, 87.999,68 € frente a los 178.180 € de MMM).

En este caso, el diferencial, tanto en perspectiva de efectos de la conducta como desde la de beneficio ilícito obtenido, se podría cifrar en 90.180 €. La suma de ambos importes se eleva a (228.920 + 90.180) a 319.100 €.

Siendo este el valor que mejor representa el alcance cuantitativo de la infracción, se estima razonable que el importe de la multa a imponer a los autores de la conducta no sea inferior al duplo del beneficio ilícito obtenido, esto es, 638.200 €. A su vez, no se constata un distinto grado de participación en la conducta, pues si bien la capacidad económica de MUNTERS es significativamente mayor a la MMM (cfr. folios 784 y 877 del expediente que reflejan los volúmenes totales de sendas empresas en 2012), cabe también atribuir a MMM un mayor protagonismo en la conducta y una probable acción instigadora en la medida en que era MMM la que participa en las licitaciones del Ministerio de Defensa. Por ello, se estima ajustado al principio de proporcionalidad que debe regir el ejercicio de la potestad sancionadora el reparto de la suma total por mitades, debiendo en consecuencia imponer una multa de 319.100 euros a MMM y otra por igual importe a MUNTERS SPAIN. De esta última, además, de acuerdo con lo señalado en anterior fundamento, responderán solidariamente MUNTERS EUROPE y MUNTERS BELGIUM, así como MUNTERS AB y AB CARL MUNTERS.

Al hilo del anterior razonamiento conviene apuntar que la doctrina científica ha señalado con acierto que para establecer la sanción óptima que garantice la disuasión no es suficiente aquella en la que la sanción sea equivalente al beneficio ilícito, ya que una multa de estas características sólo garantizaría la disuasión cuando la probabilidad de detección de la conducta ilícita sea igual al 100%, escenario inverosímil. Ha señalado también la doctrina que, si bien la probabilidad de detención no puede ser calculada, existen estudios en los que el porcentaje tomado en cuenta oscila en torno al 15%. Sobre esta premisa la multa teórica óptima debería ser 6,7 veces superior al beneficio obtenido en la infracción. De acuerdo con tales consideraciones, la multa calculada según los parámetros antes descritos debe calificarse de especialmente moderada y adecuada al principio de proporcionalidad.”

Además, en distintos momentos de la Resolución también se hace referencia a los criterios generales establecidos en el artículo 64 de la LDC, y en particular:

- Determinación del mercado afectado

“La DI entiende que deben delimitarse dos mercados de productos relevantes relacionados con los calentadores de aire móviles, verticalmente ligados entre sí. Un primer mercado correspondería con la fabricación y comercialización mayorista de calentadores de aire móviles, y en el que estaría presente MUNTERS pero no MMM, teniendo en cuenta que el producto ofertado por MMM es sustancialmente idéntico al de MUNTERS. El segundo mercado sería el de comercialización minorista de calentadores de aire móviles, en el cuál sí estarían presentes MMM, SUPEIM y MUNTERS.” (HECHOS PROBADOS)

- Duración

La conducta se ha acreditado respecto a las licitaciones de 2010 y 2011.

- La naturaleza y alcance de la infracción

“La conducta analizada deber ser calificada como infracción muy grave conforme a lo dispuesto por el artículo 62.4.a) de la LDC, que establece que serán infracciones muy graves las conductas que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales.” (FD OCTAVO).

- Efectos sobre los usuarios y otros competidores.

“Los efectos lesivos se manifiestan, por un lado, en la imposibilidad de que SUPEIM se hiciera con la adjudicación del contrato convocado por el Ministerio de Defensa en 2011. Así, a pesar de presentar una oferta económica más competitiva (483.800 € frente a los 712.720 € correspondientes a MMM), y resultar ser la inicial adjudicataria del contrato, la estrategia urdida entre MUNTERS y MMM conduce a la imposibilidad por parte de SUPEIM de formalizar el contrato. Citando el pliego de concreción de hechos, “MMM y MUNTERS SPAIN se valieron de su acuerdo para que MUNTERS BELGIUM dejara de suministrar los calentadores móviles a SUPEIM y de esta manera forzar a SUPEIM a renunciar a la formalización de la adjudicación”. Asimismo, revela también la conducta y sus efectos en el mercado lo apuntado posteriormente en la propuesta de resolución: “Asimismo, las actuaciones de MUNTERS y MMM recogidas en el PCH (párrafos 38, 39, 43 y 44), evidencian que MUNTERS y MMM reaccionaron rápidamente en cuanto vieron peligrar la adjudicación a favor de MMM del expediente del Ministerio de Defensa del año 2011, utilizando para ello tanto escritos dirigidos al órgano de contratación, como correos para presionar a SUPEIM y, de esta manera, que esta entidad tuviera que retirar su oferta. Así, MUNTERS y MMM trataron por todos los medios de distorsionar el resultado de la licitación del Ministerio de Defensa en el año 2011”.

La conducta colusoria que se manifiesta en licitaciones públicas tiene además un doble efecto: perjudica la dinámica competitiva que debe regir el funcionamiento de las licitaciones de conformidad con las previsiones contenidas en la legislación de contratos del sector público, pero además causa una directa lesión a la hacienda pública (en este caso en su condición de consumidor) e indirectamente a todos los contribuyentes. Este efecto lesivo a la hacienda pública-consumidor se constata también en este caso, en la medida en que el Ministerio de Defensa, en la licitación correspondiente a 2011, se ve impedido de adquirir los calentadores a un precio más competitivo oferta de SUPEIM, 483.800€), viéndose arrastrado a una adquisición a un precio sustancialmente superior (oferta de MMM, 712.720€). Señala de este modo la propuesta de resolución que “de esta manera, el acuerdo entre MUNTERS SPAIN y MMM ha provocado que el Ministerio de Defensa no haya tenido la posibilidad de adquirir los calentadores de aire móviles de MUNTERS a precios más competitivos, dañando en consecuencia el interés público.” (FD CUARTO)

- Límite del 10%

“Por último, de acuerdo con la información correspondiente al volumen total de negocios correspondiente al ejercicio de 2012 proporcionado, tanto por MMM (folio 877) como por MUNTERS (folio 784), se constata que la multa así cifrada no supera en ninguno de los dos casos el límite previsto en el artículo 63.1.c) de la LDC, esto es, el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.” (FD OCTAVO)

3.2. Criterios expuestos por el Tribunal Supremo

De acuerdo con los razonamientos jurídicos de las Sentencias de la Audiencia Nacional que aquí se ejecutan, la determinación de la sanción deberá adecuarse a los criterios expresados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, iniciada en la Sentencia de 29 de enero de 2015 (recurso 2872/2015)².

En este sentido, debe tenerse en cuenta, en esencia, lo siguiente:

- 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. 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.

² También, en idéntico sentido, las sentencias del Alto Tribunal de 30 de enero de 2015 (recursos 1476/2014 y 1580/2013), entre otras.

3.3. Criterios para la determinación de la sanción basados en los hechos acreditados

La infracción que acredita la Resolución de 26 de diciembre de 2013 (y que ha confirmado en sendas sentencias la Audiencia Nacional), de la que son responsables MMM y MUNTERS, es una infracción muy grave (art. 62.4.a) y por tanto podrá ser sancionada con una multa de hasta el 10% del 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 dicho anteriormente, el volumen de negocios total de MMM en el ejercicio 2012 en España, antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados, fue de 3.787.287,38 euros. El volumen de negocios total de MUNTERS SPAIN ese mismo año fue de 3.884.000 euros.

El tipo sancionador que se aplicará sobre el VNT debe determinarse en esta resolución partiendo de los criterios de graduación del artículo 64.1 de la LDC, de conformidad con los hechos y la valoración de la infracción (expuestos en la Resolución de 26 de diciembre de 2013, Expediente S/0423/12, MUNTERS), siguiendo los criterios de la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La Audiencia Nacional (Sentencia de 22 de febrero de 2017) consideró sobre la infracción lo siguiente:

“De los hechos probados expuestos dedujo la CNC una conducta consistente en un acuerdo entre competidores de naturaleza anticompetitiva por objeto y efectos, tal y como describe en su fundamento de derecho cuarto, prohibida por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia al “haber pactado la limitación de la competencia en las licitaciones convocadas por el Ministerio de Defensa para la compra de calentadores móviles de tiendas de campaña”.

En cuanto a los mercados afectados,

“La DI entiende que deben delimitarse dos mercados de productos relevantes relacionados con los calentadores de aire móviles, verticalmente ligados entre sí. Un primer mercado correspondería con la fabricación y comercialización mayorista de calentadores de aire móviles, y en el que estaría presente MUNTERS pero no MMM, teniendo en cuenta que el producto ofertado por MMM es sustancialmente idéntico al de MUNTERS. El segundo mercado sería el de comercialización minorista de calentadores de aire móviles, en el cuál sí estarían presentes MMM, SUPEIM y MUNTERS.” (art. 64.1.a de la LDC).

Por lo que se refiere a la cuota de mercado de las entidades responsables (art. 64.1.b), tanto MMM como MUNTERS SPAIN afirman tener cuotas de mercado bajas en relación a ventas de calentadores de aire caliente en España. En concreto MUNTERS SPAIN afirma que su cuota de mercado sería aproximadamente del **[confidencial] [entre 5 y 10%]**, mientras que MMM afirma que en los últimos tres años su cuota de mercado no ha superado el **[confidencial] [entre 5 y 10%]**. En el Espacio Económico Europeo sus cuotas de mercado también son limitadas.

En cuanto al alcance de la infracción (art. 64.1.c de la LDC), la resolución cita el siguiente párrafo de la propuesta de resolución:

“(26) Por otra parte, en lo que respecta al ámbito geográfico relevante, se ha verificado que los proveedores de calentadores móviles suelen comercializar sus productos a nivel supranacional, por lo que podría considerarse que el ámbito geográfico relevante del mercado de calentadores de aire móviles es supranacional y al menos de dimensión comunitaria.”

En lo referente a la duración (art. 64.1.d de la LDC), la conducta se ha acreditado respecto a las licitaciones de 2010 y 2011.

Los efectos lesivos de las conductas (art. 64.1.e de la LDC) se manifiestan, por un lado, en la imposibilidad de que SUPEIM se hiciera con la adjudicación del contrato convocado por el Ministerio de Defensa en 2011. Así, a pesar de presentar una oferta económica más competitiva (483.800 euros frente a los 712.720 euros de MMM), y resultar ser la inicial adjudicataria del contrato, la estrategia urdida entre MUNTERS y MMM condujo a la imposibilidad por parte de SUPEIM de formalizar el contrato. Asimismo, revela también la conducta y sus efectos en el mercado lo apuntado posteriormente en la propuesta de resolución:

“Asimismo, las actuaciones de MUNTERS y MMM recogidas en el PCH (párrafos 38, 39, 43 y 44), evidencian que MUNTERS y MMM reaccionaron rápidamente en cuanto vieron peligrar la adjudicación a favor de MMM del expediente del Ministerio de Defensa del año 2011, utilizando para ello tanto escritos dirigidos al órgano de contratación, como correos para presionar a SUPEIM y, de esta manera, que esta entidad tuviera que retirar su oferta. Así, MUNTERS y MMM trataron por todos los medios de distorsionar el resultado de la licitación del Ministerio de Defensa en el año 2011”.

La conducta colusoria que se manifiesta en licitaciones públicas tiene además un doble efecto: perjudica la dinámica competitiva que debe regir el funcionamiento de las licitaciones de conformidad con las previsiones contenidas en la legislación de contratos del sector público, y además causa una directa lesión a la hacienda pública (en este caso en su condición de consumidor) e indirectamente a todos los contribuyentes. Este efecto lesivo respecto de la hacienda pública y de los consumidores se constata también en este caso, en la medida en que el Ministerio de Defensa, en la licitación correspondiente a 2011, no pudo adquirir los calentadores al precio más competitivo ofertado por SUPEIM (483.800€), dañando en consecuencia el interés público.

La tabla siguiente recoge el volumen de negocios de MMM y de MUNTERS en el mercado afectado (VNMA). Para calcular estos importes se han tenido en cuenta los importes adjudicados a MMM en las licitaciones de generadores de aire caliente correspondientes a 2010 y 2011 sin IVA, de acuerdo con la resolución de 4 de abril de 2014, que corrige el error material existente en la Resolución de 26 de diciembre de 2013 y determina que tanto el beneficio ilícito obtenido por las empresas responsables de la infracción como la cuantía final de la sanción correspondiente a cada una de ellas deben calcularse partiendo de las ofertas presentadas en las licitaciones de 2010 y 2011 documentadas en el expediente que no incluyan el IVA. Sin embargo, a efectos de la individualización de las sanciones, conviene tener en

cuenta que, en este caso, aunque el adjudicatario directo en ambas licitaciones fue MMM, MUNTERS fue un colaborador necesario en la estrategia urdida por las dos empresas para arrebatar la adjudicación a la empresa competidora, por lo que MUNTERS se benefició de la conducta a pesar de no tener facturación directa en el mercado afectado. Por tanto, de cara a establecer la dimensión de la infracción de cada una en este caso ha parecido más adecuado dividir el VNMA total obtenido por MMM entre las dos infractoras, lo que obviamente conduce a la misma cuota de participación de MMM y de MUNTERS en el VNMA total de la conducta.

Empresas infractoras	Volumen de negocios en el mercado afectado (VNMA, €)	% sobre el VNMA total
MMM	377.500	50,0%
MUNTERS	377.500	50,0%

No se apreciaron circunstancias atenuantes ni agravantes respecto de MMM ni de MUNTERS (art. 64.1.g de la LDC).

Siguiendo la precitada jurisprudencia del Tribunal Supremo, el conjunto de factores expuestos anteriormente –gravedad de la infracción, características del mercado, alcance, ámbito geográfico y duración de la conducta, participación de la empresa en la infracción, 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 total que corresponde aplicar tanto a MMM como a MUNTERS, de acuerdo con la gravedad y circunstancias de la conducta, y su respectiva participación en ella, es de un 6,5% del volumen de negocios total (VNT) de cada empresa.

Ahora bien, la utilización del VNT de cada empresa como base para la aplicación del tipo sancionador total 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. Para ello se hace necesario realizar una estimación del beneficio ilícito que las entidades infractoras podrían haber obtenido de la conducta en el mercado afectado, bajo supuestos muy prudentes³, y aplicar después un factor incremental de disuasión.

En el caso de esta resolución, los límites de proporcionalidad estimados para las empresas objeto de recálculo se sitúan por encima de las sanciones que corresponden

³ 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. Cuando resulta posible, los supuestos que se han asumido se fundamentan en datos de las propias empresas infractoras, o bien en bases de datos públicas referidas al mercado relevante, como las *ratios sectoriales de las sociedades no financieras* publicadas por el Banco de España (base RSE).

a cada una, por lo que no es necesario realizar ningún ajuste a la baja de las sanciones propuestas para asegurar su proporcionalidad con la efectiva dimensión de la infracción.

Por otro lado, en ningún caso las multas propuestas son superiores a las impuestas por la resolución original de 2013, por lo que no procede aplicar la prohibición de *reformatio in peius*.

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

HA RESUELTO

ÚNICO. - Imponer, en ejecución de las Sentencias de la Audiencia Nacional de 22 de febrero (recurso 99/2014) y 21 de marzo de 2017 (recurso 78/2014), y en sustitución de las impuestas en la Resolución de 26 de diciembre de 2013 del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (Expte. S/0423/12, MUNTERS), las siguientes multas a las siguientes empresas:

- MANUFACTURAS METALICAS MADRILEÑAS, S.L., 246.174 euros.
- MUNTERS SPAIN, S.A.U., de la que responderán solidariamente MUNTERS AB, AB CARL MUNTERS, MUNTERS EUROPE AB y MUNTERS BELGIUM NV-SA, 252.460 euros.

Comuníquese esta Resolución a la Audiencia Nacional y a la Dirección de Competencia, y notifíquese a las partes interesadas haciéndoles 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 la notificación de la resolución, de acuerdo con lo resuelto por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.