



Roj: **SAN 750/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:750**

Id Cendoj: **28079230062017100044**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **22/02/2017**

Nº de Recurso: **99/2014**

Nº de Resolución: **78/2017**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000099 / 2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 01202/2014

Demandante: MANUFACTURAS METÁLICAS MADRILEÑAS, S.L.

Procurador: D^a AURORA GÓMEZ VILLABOA

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Codemandado: AB CARL MUTERS, MUTERS AB, MUTERS BELGIUM NV-SA, MUTERS EUROPE AB Y MUTERS SPAIN, S.A.U.

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

SENTENCIA N.º:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintidos de febrero de dos mil diecisiete.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 99/14 promovido por la Procuradora D^a Aurora Gómez Villaboa en nombre y representación de **MANUFACTURAS METÁLICAS MADRILEÑAS, S.L.**, contra la resolución de 26 de diciembre de 2013, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 319.100 euros por una infracción muy grave de la Ley de Defensa de la Competencia. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado, y las entidades AB CARL MUTERS, MUTERS AB, MUTERS BELGIUM NV-SA, MUTERS EUROPE AB Y MUTERS SPAIN, S.A.U., representadas por la Procuradora D^a Consuelo Rodríguez Chacón.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la cual se estime el recurso *"... declarando nula, por ser contraria a derecho, la resolución del Consejo (Sala de Competencia) de fecha 26 de diciembre de 2013, dictada en el expediente administrativo sancionador S/0432/12 MUNTERS, corregida por Resolución de Vigilancia de fecha 8 de abril de 2014, anulando y dejando sin efecto la sanción dispuesta en la misma"* .

SEGUNDO .- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmasen los actos recurridos en todos sus extremos.

TERCERO .- Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 15 de febrero de 2017, en que tuvo lugar.

Siendo ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- A través de este proceso impugna la entidad actora la resolución de 26 de diciembre de 2013, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 319.100 euros por una infracción muy grave prevista en el artículo 1 de la Ley Defensa de la Competencia .

La parte dispositiva de dicha resolución, recaída en el expediente S/0432/12 "MUNTERS", era del siguiente tenor literal:

"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.

(...)

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.

(...)

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

Como antecedentes que precedieron al dictado de dicha resolución, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, merecen destacarse los siguientes:

1) Por escrito de 17 de abril de 2012 el General Jefe de la Jefatura de Asuntos Económicos del Mando de Apoyo Logístico del Ejército de Tierra (JAEMALET), en su calidad de órgano de contratación del expediente de contratación número 2 0911 2011 0173 00 *"adquisición de diverso material de campamento"* , remitió a la entonces Comisión Nacional de la Competencia diversa documentación relativa a dicho expediente por si derivasen de la misma hechos que pudieran constituir conductas prohibidas por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

2) Con fecha 7 de mayo de 2012, la Dirección de Investigación requirió información a las empresas MUNTERS SPAIN y Manufacturas Metálicas Madrileñas (MMM) con el fin de determinar la posible existencia de indicios de infracción de la Ley de Defensa de la Competencia, requerimientos que obtuvieron la respuesta por parte de dichas entidades que resulta de los folios 46 y siguientes del expediente administrativo.

3) El 11 de junio de 2012 la Dirección de Investigación decidió llevar a cabo una información reservada bajo la referencia S/0423/12; y, tras las actuaciones que igualmente constan, con fecha 3 de julio de 2012 acordó la incoación de expediente sancionador contra MUNTERS SPAIN y MMM por conductas prohibidas en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia .

4) Requerida diversa información, y ampliado el expediente sancionador contra las empresas MUNTERS AB, AB CARL MUNTERS, MUNTERS EUROPE y MUNTERS BELGIUM, integrantes del mismo grupo empresarial que MUNTERS SPAIN, como responsables solidarios de las conductas contrarias a la competencia presuntamente realizadas por MUNTERS SPAIN, el 2 de abril de 2013 recayó pliego de concreción de hechos, frente al cual las empresas afectadas formularon las oportunas alegaciones. Y, con fecha 22 de mayo siguiente, la Dirección de Investigación dispuso el cierre de la instrucción.

5) En cumplimiento de lo prevenido en el artículo 50.4 de la Ley de Defensa de la Competencia, el 5 de junio de 2013 la Dirección de Investigación emitió propuesta de resolución, frente a la que las expedientadas presentaron las alegaciones que tuvieron por conveniente.

6) Elevada dicha propuesta, junto con el expediente administrativo, para su resolución al Consejo, éste dictó el acuerdo ahora recurrido el 26 de diciembre de 2013.

SEGUNDO .- En el relato de hechos probados recogido en la resolución sancionadora, que parte de los fijados en el pliego de concreción de hechos, se indica que MANUFACTURAS METÁLICAS MADRILEÑAS, S.L. tiene como objeto social, entre otros, el diseño, investigación, desarrollo, fabricación, explotación, suministro, mantenimiento, reparación, ensamblaje, instalación, montaje, distribución, representación, exportación e importación, comercialización, compra y venta al por mayor y al por menor de todo tipo de electrodomésticos, maquinaria manual, eléctrica y electrónica, herramientas, vehículos, equipos informáticos, electrónicos, eléctricos de telecomunicación, telefonía, sonido, imagen, ordenadores, programas informáticos, mobiliarios, así como todo tipo de productos informáticos, ofimáticos, consumibles y productos afines; y que, entre otros productos, y en cuanto aquí interesa, comercializa generadores de aire caliente, cuyos componentes básicos adquiere a MUNTERS SPAIN.

Analiza también el mercado de producto en relación con los acuerdos suscritos entre el Grupo MUNTERS y MMM respecto de las licitaciones convocadas por el Ministerio de Defensa para el suministro de calentadores móviles de tiendas de campaña del Ejército de Tierra, y delimita el mercado afectado, tras las consideraciones que reproduce del pliego de concreción de hechos, en el de *"calentadores móviles en general, dado que las adaptaciones que requieren los calentadores móviles demandados por el Ministerio de Defensa no parecen ser tan particulares como para limitar significativamente que los fabricantes y comercializadores de calentadores móviles puedan adaptar las características de sus productos a las necesidades del Ministerio de Defensa en un corto periodo de tiempo"*.

Destaca, además, la circunstancia de que, en la propuesta de resolución, la extinta Dirección de Investigación, a la vista de las alegaciones presentadas, estimó necesario analizar en mayor profundidad la delimitación del mercado de producto relevante, que había dejado abierta en el pliego de concreción de hechos, y así entendía que debían delimitarse dos mercados de productos relevantes relacionados con los calentadores de aire móviles, verticalmente ligados entre sí: un primer mercado correspondería a la fabricación y comercialización mayorista de calentadores de aire móviles, en el que estaría presente MUNTERS pero no MMM por cuanto el producto ofertado por ésta *"... es sustancialmente idéntico al de MUNTERS"*; y un segundo mercado, cual sería el de comercialización minorista de calentadores de aire móviles, en el que sí estarían presentes MMM, SUPEIM (otra de las empresas concursantes) y MUNTERS.

Indica la resolución recurrida que, aunque la delimitación exacta de ambos mercados se deja abierta, la Dirección de Investigación supuso que la adquisición de los calentadores de aire móviles por el Ministerio de Defensa con un color y unos accesorios específicos no impediría a MUNTERS poder ofertar sus propios calentadores directamente al mismo Ministerio si así lo desease, sin necesidad de introducir modificaciones sustanciales en su propio producto. De todo lo cual concluyó que MUNTERS y MMM son competidores entre sí, como ya había advertido en el pliego de concreción de hechos, en el mercado de comercialización minorista de calentadores de aire móviles.

Hechas estas consideraciones sobre el objeto social de MANUFACTURAS METÁLICAS MADRILEÑAS y sobre el mercado afectado, el relato de hechos probados se centra en los relacionados con las conductas finalmente sancionadas, que tienen que ver con las licitaciones al Ministerio de Defensa, en particular, con la llevada a cabo en el año 2011, para lo cual la resolución parte de la información aportada por la ya citada Jefatura de Asuntos Económicos del Mando de Apoyo Logístico del Ejército de Tierra (JAEMALET), en su calidad de órgano de contratación.

De acuerdo con la misma, en todos los expedientes de contratación del Ejército de Tierra cuyo objeto era la adquisición de calentadores de tienda, convocados desde el año 2005 hasta el año 2010, resultó adjudicataria la empresa MMM.

La resolución sancionadora se refiere, en primer lugar, al expediente de contratación del Ministerio de Defensa de 2011 -aunque, como veremos, alude también al expediente de contratación de 2010-, e indica que, con fecha 18 de julio de 2011, se publicó en el BOE la Resolución de JAEMALET por la que se anunciaba el procedimiento para la contratación de diverso material de campamento (grupos electrógenos y calentadores de tiendas) en el expediente de contratación número 2 0911 2011 0173 00. El expediente se dividía en dos lotes, siendo el lote 2 el relativo a los calentadores de tiendas ahora controvertido. A la adjudicación del mismo se presentaron siete empresas, de las que solo cuatro fueron aceptadas a licitación al ser las únicas que cumplían con los requisitos

exigidos para ser objeto de calificación. Tales eran MMM, SUMINISTROS PENINSULARES IMPORTADOS, S.L. (SUPEIM), SUYFA y TECNOVE.

En dicho expediente MMM presentó un certificado de MUTERS SPAIN de fecha 21 de julio de 2011 en el que ésta le autorizaba en exclusiva la distribución y venta al Ministerio de Defensa español, para el expediente indicado, del generador de aire caliente GRYP 25 AP/GALAXY 25 AP.

Al mismo tiempo, SUPEIM -otra de las empresas concurrentes- presentó un certificado de MUTERS BELGIUM de fecha 31 de agosto de 2011 por el cual le autorizaba la distribución y venta del generador de aire caliente GRYP 25 para el mismo expediente.

Relaciona a continuación la resolución recurrida las ofertas económicas presentadas por las empresas participantes en la licitación, y así,

MMM, 712.720 €.

SUPEIM, 483.800 €.

SUYFA, 514.480 €.

TECNOVE, 636.964 €.

Y recoge el informe del Vocal Técnico en el que se llevó a cabo la valoración de las ofertas técnicas presentadas en la fase de licitación, con las siguientes puntuaciones definitivas:

MMM, 2,34 puntos.

SUPEIM, 0 puntos.

SUYFA, 0 puntos.

TECNOVA, 0 puntos.

En el informe técnico se consideraron inaceptables las ofertas técnicas de las empresas SUPEIM, SUYFA y TECNOVA, por lo que obtuvieron 0 puntos.

Antes de resolverse el concurso, el 27 de septiembre de 2011 MMM presentó un escrito a la Mesa de Contratación del Ejército de Tierra al que adjuntaba unas declaraciones de MUTERS SPAIN en las que esta empresa afirmaba que MMM era la única distribuidora oficial en exclusiva del producto GRYP 25 AP/GALAXY 25 AP para el Ministerio de Defensa Español y que, por lo tanto, no suministraría dicho producto a ninguna otra empresa. Además, consta que el 29 de septiembre siguiente MUTERS EUROPE envió un correo a SUPEIM en el que ponía en su conocimiento que MUTERS SPAIN tenía un acuerdo con otra empresa para suministrar calentadores al Ejército Español, lo que significaba que MUTERS BELGIUM no podía entregar los equipos pedidos por SUPEIM.

Con fecha 28 de octubre de 2011, la Mesa de Contratación del Ejército de Tierra propuso la adjudicación del lote 2 a MMM por 712.720 €. Sin embargo, el Órgano de Contratación, apartándose de esta propuesta, resolvió el 10 de noviembre de 2011 adjudicar el lote 2 a SUPEIM por un importe de 483.800 €. Requerida el 7 de febrero de 2012 esta empresa a fin de formalizar el correspondiente contrato de suministro, SUPEIM presentó el 7 de marzo siguiente un escrito en el que solicitaba la retirada de su oferta, aduciendo como motivo para ello que su proveedor había roto el acuerdo comercial para el suministro de los equipos. Al mismo tiempo, denunciaba que las actuaciones por las que había tenido que retirar su oferta podrían constituir una infracción a la legislación de defensa de la competencia.

Directamente relacionado con ello, en el relato de hechos probados la resolución sancionadora refiere que el 13 de septiembre de 2011 MUTERS BELGIUM había emitido una carta de aclaración expresa confirmando el certificado de fecha 31 de agosto de 2011 por el cual autorizaba la distribución y venta del generador de aire caliente GRYP 25 para el mismo expediente a favor de SUPEIM. Dicha carta de aclaración fue presentada por SUPEIM como respuesta a su exclusión como licitadora del expediente por parte de la mesa de contratación, por no haber aportado certificado original del fabricante. Una vez realizada la subsanación mediante la presentación de la carta de aclaración, el órgano de contratación había revocado la exclusión y admitido a licitación la oferta de SUPEIM.

Por otra parte, con fecha 24 de enero de 2012 MUTERS SPAIN emitió un certificado en el que señalaba que autoriza a MMM la distribución y venta en exclusiva, durante 1 año a partir de la fecha de firma del certificado, al Ministerio de Defensa español, del generador de aire caliente a gas-oil portátil serie GRYP 25 AP/GALAXY 25 AP (NATO RAL 6031), indicando en el mismo certificado que, puesto que MMM era la única empresa que ostentaba dicha exclusividad, se consideraría sin validez cualquier otro documento emitido a tal efecto.

Finalmente, alude la resolución también al expediente de contratación del Ministerio de Defensa de 2010 y pone de manifiesto que, de acuerdo con los documentos facilitados por JAEMALET, en el año 2010 se convocó otro expediente de contratación por procedimiento abierto cuyo lote 2 se refería también a la adquisición de calentadores de tiendas.

Las empresas participantes en esa licitación presentaron las ofertas que especifica, en concreto,

MMM, 178.180 €.

SUPEIM, 87.999,68 €.

ARPA, 157.530 €.

Para poder presentarse a este expediente de 2010, SUPEIM presentó un certificado emitido por MUNTERS SPAIN de fecha 14 de septiembre de 2010 para la distribución y venta al Ministerio de Defensa español del calentador GRUP 25 AP/GALAXY 25 AP. Por su parte, MMM tenía un certificado de MUNTERS SPAIN de fecha 6 de septiembre de 2010 para la distribución y venta en exclusiva de un pedido de 200 unidades del mismo producto al Ministerio de Defensa español.

En este expediente, además de la oferta económica, se hacía una valoración técnica y logística, cuya puntuación fue la siguiente:

MMM, 3,8324 puntos.

SUPEIM, 3,5824 puntos.

ARPA, 3,447 puntos.

También se puntuaba la mejora sobre el período de garantía, con el resultado de

MMM, 1 punto.

SUPEIM, 1 punto.

ARPA, 0 puntos.

Tras estas valoraciones, la adjudicación se hizo a favor de la oferta presentada por MMM.

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"*. Y, frente a las alegaciones de las sancionadas, que sostenían que se trataba de un acuerdo vertical de los previstos en el artículo 2.4.a) del Reglamento (UE) 330/2010, al que resultaba de aplicación la exención prevista en dicho precepto, rechaza que los acuerdos adoptados entre MUNTERS y MMM pudieran tener, en este caso concreto, tal carácter, pues se dirigieron a *"procurar un determinado resultado en el procedimiento de licitación"*. A este efecto anticompetitivo añade la resolución recurrida también un efecto lesivo en el mercado que se materializó en la imposibilidad de que SUPEIM se hiciera con el contrato convocado por el Ministerio de Defensa en 2011 pues, a pesar de presentar una oferta económicamente más competitiva que MMM (483.800 euros frente a 712.720 euros), y ser la adjudicataria inicial, no pudo formalizar el contrato de suministro como consecuencia de la estrategia común seguida conjuntamente por MUNTERS y MMM que implicaba que MUNTERS BELGIUM dejara de suministrar calentadores a SUPEIM, forzándole a renunciar a aquella formalización.

TERCERO.- Pues bien, expuesto en sus aspectos más relevantes el armazón fáctico de la sanción y el núcleo de la imputación dirigida a MMM, procede analizar los motivos en que ésta sustenta su demanda y que, conforme a su fundamentación jurídica, se refieren, en primer lugar, a la circunstancia de que *"Las conductas imputadas a MUNTERS SPAIN S.A.U. y a Manufacturas Metálicas Madrileñas constituyen acuerdos verticales entre las mismas, incardinables en el artículo 2 del Reglamento (UE) 330/2010, de 20 de abril, relativo a la aplicación del artículo 101 del TFUE, a las que, por imperativo legal, debe aplicárseles la exención"*.

Para abordar este motivo conviene recordar que, conforme al artículo 1 (*Definiciones*) del Reglamento (UE) 330/2010, de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, *"A efectos del presente Reglamento, se entenderá por: a) «acuerdos verticales», los acuerdos o prácticas concertadas suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo o de la práctica concertada, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios..."*.

En su artículo 2, y bajo la rúbrica "Exención", establece que *"1. Con arreglo al artículo 101, apartado 3, del Tratado y sin perjuicio de las disposiciones del presente Reglamento, se declara que el artículo 101, apartado 1, del Tratado no se aplicará a los «acuerdos verticales». Esta exención se aplicará en la medida en que tales acuerdos contengan «restricciones verticales». Y añade en el apartado 4 que "La exención prevista en el apartado 1 no se aplicará a los acuerdos verticales suscritos entre empresas competidoras. No obstante, se aplicará cuando empresas competidoras suscriban un acuerdo vertical no recíproco y: a) el proveedor sea un fabricante y un distribuidor de bienes y el comprador sea un distribuidor y no una empresa competidora en el plano de fabricación, o b) el proveedor sea un prestador de servicios en distintos niveles de actividad comercial y el comprador suministre sus bienes y servicios en el nivel minorista y no es una empresa competidora en el nivel comercial en el que compra los servicios contractuales".*

A juicio de la recurrente, los acuerdos suscritos con MUTERS tendrían este carácter y se beneficiarían de la exención descrita, para lo cual parte de la razón aducida por la CNC para la incoación del expediente, que transcribe en estos términos:

"De la información obtenida puede deducirse que existen indicios racionales de la comisión por parte de las empresas MUTERS SPAIN, S.A.U. y de MANUFACTURAS METÁLICAS MADRILEÑAS, S.L., de una infracción del artículo 1 de la LDC, consistentes en acuerdos de exclusividad otorgados por MUTERS a MMM para la distribución al Ministerio de Defensa español del producto "generador de aire caliente serie GRUP 25 AP/GALAXY 25 AP" en determinadas licitaciones convocadas por este ente público, que tiene como efecto la reserva de la distribución de este producto frente al Ministerio de Defensa a MMM, y la exclusión de determinadas licitaciones del Ministerio de Defensa a terceras empresas distribuidoras interesadas en acudir a las mismas con dicho producto de MUTERS".

De ello concluye que, el único efecto negativo para la competencia que podría seguirse de las autorizaciones descritas, sería que no pudieran participar en las licitaciones otras empresas, efecto que desecha desde el momento en que existen en el mercado productos similares a los calentadores portátiles suministrados, destacando que concurrieron a la licitación empresas con otros productos diferentes al fabricado por MUTERS, por lo que habría una amplia competencia intermarca con el consiguiente beneficio para el consumidor final, en este caso el ejército de Tierra, que favorece la mejor distribución y servicio para dicho consumidor.

Insiste en este punto en que la autorización de exclusividad en el concurso de 2011 no incurriría en la prohibición del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y normativa concordante, y estaría exenta de prohibición de acuerdo con lo prevenido en el artículo 1.4 de la misma, al no superar el 30% de la cuota de mercado nacional en la venta de generadores de aire caliente; al no existir restricciones especialmente graves en la autorización para la distribución y venta del producto; y al fomentarse el progreso técnico entre los fabricantes de generadores de aire caliente portátiles, con el consiguiente beneficio para el consumidor final.

Tales alegaciones parten de un presupuesto que se requiere en el transcrito artículo 2, apartado 1, en relación con el apartado 4, del Reglamento UE 330/2010, cual es que los acuerdos no se concluyan entre empresas competidoras entre sí, salvo que *"a) el proveedor sea un fabricante y un distribuidor de bienes y el comprador sea un distribuidor y no una empresa competidora en el plano de fabricación, o b) el proveedor sea un prestador de servicios en distintos niveles de actividad comercial y el comprador suministre sus bienes y servicios en el nivel minorista y no es una empresa competidora en el nivel comercial en el que compra los servicios contractuales".*

Consta, sin embargo, por propia manifestación de la empresa obrante a los folios 61 a 64 del expediente administrativo, que MUTERS SPAIN vende también a los clientes finales productos de los comercializados en España, es decir, interviene en el mercado minorista en competencia con MMM.

En efecto, en el escrito incorporado al expediente administrativo a los folios indicados describe MUTERS las tres divisiones de productos que comercializa en España para, a continuación, señalar que *"Los canales de venta de dichos productos son: Distribuidores Centrales de compra y comercios minoristas Instaladores e Ingenierías Clientes finales"*, y precisar el porcentaje de venta que supone cada uno de dichos canales en las tres divisiones, porcentaje que, en el caso de clientes finales, oscila entre el 15% y el 35%.

Por lo demás, MMM, al proponer prueba en su demanda, no interesó ninguna dirigida a desacreditar dicha circunstancia, es decir, la intervención de MUTERS SPAIN en el mercado minorista y, por tanto, en competencia directa con la misma recurrente.

La posibilidad de admitir entonces la no producción de efectos anticompetitivos se subordina, de acuerdo con el Reglamento UE 330/2010, a que los acuerdos se hubieran concluido entre empresas que operan en distintos niveles, argumento éste que incorpora Manufacturas Metálicas Madrileñas en el segundo motivo de su demanda al afirmar que *"la letra a) del artículo 2.4 del Reglamento de Exención por Categorías exoneraría*

expresamente lo acuerdos no recíprocos entre competidores cuando el proveedor sea un fabricante y un distribuidor de bienes y el comprador sea un distribuidor y no una empresa competidora en el plano de la fabricación, lo que sucedería en dicho supuesto". Señala que no puede sostenerse que los acuerdos concluidos con MUNTERS equivalgan a un acuerdo de no competencia entre competidores, al no cumplirse ninguno de los requisitos establecidos al efecto en el párrafo séptimo de la Comunicación de la Comisión sobre definición de mercado relevante para la aplicación del derecho de la competencia comunitario de 9 de diciembre de 1997, según el cual el mercado de referencia "comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables y sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos".

Para justificar dicha afirmación, advierte que los calentadores de tienda portátiles fabricados por MUNTERS no pueden ser considerados intercambiables o sustituibles con los calentadores que MMM entrega al Ministerio de Defensa *"pues los accesorios y ajustes técnicos introducidos por y realizados por Manufacturas Metálicas Madrileñas S.L. hacen que estemos ante dos productos diferentes"*.

Esta aseveración incide en una de las cuestiones fundamentales, sino la principal, para considerar que las autorizaciones controvertidas constituyan en realidad un acuerdo vertical exento de responsabilidad, cual es si el producto suministrado en la licitación por MMM tiene un grado de diversidad, innovación o transformación respecto del que le proporciona MUNTERS suficiente para desvirtuar su cualidad de competidores.

Sobre esta cuestión ha de destacarse, en primer lugar, el cambio de criterio observado en MMM que, inicialmente, vino manteniendo que los productos no sufrían transformación alguna, y que los accesorios, servicios y garantías establecido en los pliegos de la licitación del Ministerio de Defensa no podían ser considerados requisitos técnicos especiales, alineándose de este modo con la tesis del Ministerio de Defensa frente a la sostenida por MUNTERS.

Así resulta de los folios 895 a 897 del expediente administrativo, en que, a pregunta de la representación de MMM sobre si *"... los accesorios, servicios y garantías que Manufacturas Metálicas Madrileñas, S.L., incorporó al producto o equipo base: "generador de aire caliente portátil modelo GALAXI 25AP" convierten al citado producto o equipo base, en otro producto o equipo sustancialmente distinto. Y en consecuencia, si dichos accesorios, servicios y garantías han de considerarse modificaciones sustanciales del producto o equipo base, la Dirección de Sistemas de Armas del MALE CUARTEL GENERAL DEL EJÉRCITO MINISTERIO DE DEFENSA"* respondió que *"Los accesorios que incorpora el licitador mencionado son, todos ellos, componentes del propio equipo GALAXI 25AP y no elementos ajenos al equipo, añadidos al mismo por el contratista. En todo caso, son los exigidos en el punto 2.1.2.1 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) correspondiente. Los servicios ofrecidos por el contratista no son otros que introducir los accesorios que incorpora el producto de fábrica en un embalaje aparte y el transporte al lugar de entrega y recepción del material. La garantías que ofrece el contratista no son otras que las exigidas en la cláusula 33 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) (2 años de garantía). Por todo lo anteriormente indicado, el producto que oferta la firma MANUFACTURAS METÁLICAS MADRILEÑAS, S.L., no se puede considerar sustancialmente diferente al producto base modelo GALAXI 25AP"*.

Manifestaba entonces MMM que el referido informe *"... ratifica lo expuesto en nuestras alegaciones al pliego de concreción de hechos y concuerda con las pruebas aportadas al mismo..."* (folios 891 y 892).

Como decimos, en su demanda MMM se aparta de esta interpretación, pero la prueba existente en el expediente administrativo y la practicada a instancia de la misma entidad recurrente, avalan, a juicio de la Sala, el carácter meramente accesorio o complementario de las modificaciones introducidas en los equipos por MMM al punto de poder afirmar que no los transformaba, ni introducía modificaciones sustanciales.

Tal es la conclusión que acoge el informe emitido en el expediente administrativo por D. Leoncio (folios 796 y siguientes) encargado por la misma MMM, en el que se significa lo siguiente: *"CONCLUSIONES. Los equipos calefactores referidos se han suministrado a la DIRECCIÓN DE ABASTECIMIENTO DEL MANDO LOGÍSTICO (MALE) DEL EJÉRCITO DE TIERRA por parte de MANUFACTURAS METÁLICAS MADRILEÑAS S.L. en las condiciones que se reciben del proveedor CLEANING MACHINES S.L., sin que se produzca alteración o modificación alguna en su constitución. Únicamente se incorporan al pedido los accesorios detallados anteriormente, estos accesorios se suministran físicamente separados del equipo, sin ser ensamblados al mismo, y envueltos en una bolsa preparada a tal efecto"*.

La declaración, a presencia judicial, del técnico que lo suscribe, y no obstante los esfuerzos desplegados por la representación procesal en el acto de la prueba, ratifica íntegramente las conclusiones expuestas en el informe y nos lleva a considerar que no existe la pretendida transformación o modificación sustancial, con la consecuencia de que los equipos suministrados por MMM en el concurso de 2011 no presentan diferencias estructurales con los proporcionados a ésta por MUNTERS, sino tan solo incorporan accesorios "separados del equipo".

CUARTO .- Si los anteriores razonamientos hacen decaer la posibilidad de apreciar un acuerdo vertical y la eventual exención de responsabilidad por esta causa, los hechos probados relativos al desarrollo del concurso de suministro de calentadores de aire de 2011 ponen de relieve que los acuerdos suscritos entre MUNTERS y MMM se dirigían a la exclusión de competidores en la licitación y, de manera directa, de la mercantil SUPEIM, a cuyo favor se pronunció inicialmente el órgano de contratación.

Esa sucesión de hechos permite constatar que SUPEIM tenía, al participar en el concurso, autorización para la distribución de los calentadores MUNTERS, pues obra al folio 18 del expediente administrativo copia del certificado de fecha 31 de agosto de 2011 por el cual MUNTERS autorizaba la distribución y venta del generador de aire caliente GRY-I 25 para el mismo expediente ("FILE 2 0911 2011 0173 00") a favor de SUPEIM, autorización confirmada el 13 de septiembre de 2011 por MUNTERS BELGIUM mediante una carta de aclaración de la que obra copia a los folios 23 y 24. Como se expone en la resolución sancionadora, esta carta de aclaración fue presentada por SUPEIM como respuesta a su exclusión como licitadora del expediente por parte de la mesa de contratación, por no haber aportado certificado original del fabricante. Una vez realizada la subsanación mediante la presentación de la carta de aclaración, el órgano de contratación había revocado la exclusión y admitido a licitación la oferta de SUPEIM.

Sin embargo, esta situación se altera sustancialmente cuando el 29 de septiembre de 2011 MUNTERS EUROPE envía un correo a SUPEIM por el que ponía en su conocimiento que MUNTERS SPAIN tenía un acuerdo con otra empresa para suministrar calentadores al Ejército Español, lo que significaba que MUNTERS BELGIUM no podía entregar los equipos pedidos por SUPEIM (folio 228). Lo cual determinó, a la postre, que la empresa que resultó adjudicataria del concurso no pudiera suministrar los equipos, ni formalizar, por ello, el correspondiente contrato; y que fuera finalmente MMM, cuya oferta no había sido la ganadora, quien obtuviera la adjudicación como consecuencia, en definitiva, del acuerdo suscrito con MUNTERS, que se revela así de todo punto anticompetitivo.

QUINTO .- Por último, denuncia la entidad actora que la resolución cuestionada *"... vulnera el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de jerarquía normativa"*, y se remite en este particular *"... al contenido del voto particular discrepante (discrepancia sustantiva del Consejero D., que contiene la Resolución que se recurre"*.

Si bien algunos de los argumentos esbozados genéricamente, por remisión al referido voto particular, en este último motivo han sido ya contestados con la fundamentación que precede, que sustenta la efectiva comisión de la infracción y su prueba suficiente, y enerva así las denuncias relativas a la vulneración de la presunción de inocencia, falta de motivación y de prueba de la infracción, plantea también la demandante la ilegalidad de la resolución recurrida al vulnerarse el principio de jerarquía normativa previsto en el artículo 9.3 de la Constitución por la aplicación, al objeto de fijar la cuantía de la multa, de lo establecido en la Comunicación de 6 de febrero de 2009 de la CNC, *sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea* (BOE de 11 de febrero de 2009) y, en consecuencia, a partir de un método de cálculo no conforme a Derecho al realizarse al margen de lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la Ley de defensa de la Competencia .

Y es lo cierto que dicha alegación sí debe prosperar siguiendo el criterio adoptado por el Tribunal Supremo en sentencia dictada con fecha 29 de enero de 2015 (casación 2872/2013), reiterado en otras muchas posteriores, que resulta innecesario reproducir aquí por conocido y por ser de constante aplicación por esta Sección en numerosos pronunciamientos.

Procede por ello la estimación parcial del recurso en el único sentido de anular la sanción de multa impuesta y disponer se remitan las actuaciones a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a fin de que determine e imponga dicha multa en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados, de la aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia , interpretados en los términos expuestos por el Tribunal Supremo.

SEXTO .- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , no procede hacer especial pronunciamiento sobre las costas dado el carácter parcialmente estimatorio del fallo.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

1.- Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora D^a Aurora Gómez Villaboa en nombre y representación de **MANUFACTURAS METÁLICAS MADRILEÑAS, S.L.**, contra la

resolución de 26 de diciembre de 2013, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 319.100 euros por infracción muy grave de la Ley de Defensa de la Competencia, resolución que anulamos en el solo particular relativo a la determinación de la cuantía de la multa, por no ser, en este extremo, ajustada a Derecho.

2.- Disponer se remitan las actuaciones a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a fin de que dicte otra en la cual fije el importe de la multa en atención a los criterios legales de graduación debidamente motivados, con aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 17/2007, de Defensa de la Competencia, interpretados en los términos expuestos en la fundamentación jurídica de esta sentencia.

Sin hacer expresa imposición de costas.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su notificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 28/02/2017 doy fe.