

## **RESOLUCIÓN**

### **(Expte. S/0423/12 MUNTERS)**

#### **CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA**

##### **Presidente**

D. José María Marín Quemada

##### **Consejeros**

D<sup>a</sup> María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

D<sup>a</sup> Idoia Zenarrutzabeitia Beldarrain

##### **Secretario**

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 26 de diciembre de 2013.

La Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), con la composición expresada, ha dictado esta Resolución en el expediente S/0423/12 Munters, incoado por la extinta Dirección de Investigación de la CNC, contra MUNTERS SPAIN, S.A.U. (MUNTERS SPAIN) y MANUFACTURAS METÁLICAS MADRILEÑAS, S.L. (MMM), con fecha 3 de julio de 2012, incoación posteriormente ampliada el 18 de diciembre de 2012 contra las empresas MUNTERS AB, AB CARL MUNTERS, MUNTERS EUROPE AB y MUNTERS BELGIUM NV-SA, por supuestas prácticas restrictivas de la competencia, de conformidad con la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC).

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. La incoación de este expediente deriva de un escrito que tuvo entrada en la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) con fecha 17 de abril de 2012, del 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*” (folios 2 a 35), al que adjuntaba documentación relativa a dicho expediente por si se pudieran derivar de la misma hechos que pudieran constituir conductas prohibidas por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).
2. Con fecha 7 de mayo de 2012, la Dirección de Investigación (DI) realizó requerimientos de información a las empresas MUNTERS SPAIN y MMM (folios 36 a 38 y 39 a 41, respectivamente), bajo la referencia DP/2012/12, con el fin de determinar la posible existencia de indicios de infracción de la LDC. La respuesta de

MMM a este requerimiento tuvo entrada en la CNC el 17 de mayo de 2012 (folio 46), mientras que la de MUNTERS SPAIN tuvo entrada el 18 de mayo de 2012 (folios 49 a 55).

3. Tras un análisis de la información disponible, la DI acordó el 11 de junio de 2012 llevar a cabo una información reservada bajo la referencia S/0423/12, a la que se incorporó lo actuado bajo la referencia DP/2012/12 (folio 1).
4. A fin de completar la información aportada por MUNTERS SPAIN, con fecha 11 de junio de 2012, la DI solicitó a esta empresa que aportara información y datos adicionales (folios 56 a 58). La respuesta de MUNTERS SPAIN a este requerimiento tuvo entrada en la CNC el 25 de junio de 2012 (folios 61 a 69).
5. A la vista de toda la información aportada, con fecha 3 de julio de 2012, la Directora de Investigación de la CNC acordó la incoación de expediente sancionador contra MUNTERS SPAIN y MMM por conductas prohibidas en el artículo 1 de la LDC (folios 70 a 71). Este acuerdo se notificó a MUNTERS SPAIN y a MMM, así como a JAEMALET, por si quisiera solicitar la condición de interesado en el expediente incoado.
6. Con fecha 16 de julio de 2012 tuvo entrada en la CNC el escrito de JAEMALET, solicitando la condición de interesado en el expediente (folios 94 a 95), solicitud que fue admitida por la DI mediante acuerdo de fecha 26 de julio de 2012 (folio 98).
7. Con fecha 18 de septiembre de 2012, la DI realizó un requerimiento de información a JAEMALET (folios 125 a 127). La respuesta a dicho requerimiento tuvo entrada en la CNC el 27 de septiembre de 2012 (folios 139 a 185).
8. Con fecha 2 de octubre de 2012, la DI realizó un requerimiento de información a JAEMALET y a MUNTERS SPAIN (folios 188 a 190 y 191 a 193, respectivamente). Las respuestas al requerimiento tuvieron entrada en la CNC el 22 de octubre de 2012 (folios 250 a 450) y el 11 de octubre de 2012 (folios 205 a 249), respectivamente.
9. El 5 de noviembre de 2012, la DI realizó un requerimiento de información a MUNTERS SPAIN (folios 452 a 454). La contestación a este requerimiento tuvo entrada en la CNC el 16 de noviembre de 2012 (folios 458 a 466).
10. Con fecha 18 de diciembre de 2012 la Directora de Investigación de la CNC acordó la ampliación de la incoación de expediente sancionador contra las empresas MUNTERS AB, AB CARL MUNTERS, MUNTERS EUROPE y MUNTERS BELGIUM (folios 467 a 470), empresas del mismo grupo empresarial que MUNTERS SPAIN, que serían responsables solidarios de las conductas contrarias a la competencia realizadas por MUNTERS SPAIN.

11. Con fecha 21 de febrero de 2013, tuvo entrada en la CNC un escrito de alegaciones de MMM en relación al expediente incoado (folios 523 a 698).
12. Con fecha 2 de abril de 2013, la Dirección de Investigación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 50.3 de la LDC, formuló Pliego de Concreción de Hechos (folios 699 a 709).
13. Con fecha 19 de abril de 2013 tuvo entrada en la CNC escrito de alegaciones al Pliego de Concreción de Hechos en representación de MUNTERS SPAIN, MUNTERS AB, AB CARL MUNTERS, MUNTERS EUROPE y MUNTERS BELGIUM (folios 769 a 784). Asimismo, el escrito de alegaciones al pliego en representación de MMM tuvo entrada en la CNC el mismo 19 de abril de 2013 (folios 785 a 877).
14. El 22 de mayo de 2013 la Dirección de Investigación acordó el cierre de la instrucción (folio 878).
15. El 24 de mayo de 2013 se aporta por MMM información complementaria al escrito de alegaciones presentado el anterior 19 de abril (folios 891 a 897).
16. De acuerdo con lo previsto en el artículo 50.4 de la LDC, el 5 de junio de 2013 la Dirección de Investigación emitió Propuesta de Resolución (folios 898 a 919).
17. Con fecha 25 de junio de 2013 tuvo entrada en la CNC el escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución presentado por el representante de MUNTERS SPAIN, S.A.U., MUNTERS AB, AB CARL MUNTERS, MUNTERS EUROPE AB y MUNTERS BELGIUM NV-SA (folios 993 a 1009).
18. Con fecha 25 de junio de 2013 tuvo entrada en la CNC escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución presentado por MMM (folios 1010 a 1023), conteniendo una solicitud de práctica de prueba y de celebración de vista ante el Consejo.
19. Con fecha 26 de junio de 2013, al amparo del artículo 50.5 de la LDC, se eleva por la Dirección de Investigación Informe Propuesta de Resolución y remite el expediente para resolución al Consejo.
20. El Consejo de la CNMC deliberó y falló esta Resolución en reunión del día 19 de diciembre de 2013.
21. Son interesados:
  - MUNTERS AB.
  - AB CARL MUNTERS.
  - MUNTERS EUROPE AB (MUNTERS EUROPE).
  - MUNTERS SPAIN, S.A.U. (MUNTERS SPAIN)
  - MUNTERS BELGIUM NV-SA (MUNTERS BELGIUM).
  - MANUFACTURAS METÁLICAS MADRILEÑAS, S.L. (MMM).

- JEFATURA DE ASUNTOS ECONÓMICOS DEL MANDO DE APOYO LOGÍSTICO DEL EJÉRCITO DE TIERRA del MINISTERIO DE DEFENSA.

## HECHOS PROBADOS

Las conductas objeto de este expediente han sido valoradas por este Consejo partiendo de los Hechos Acreditados por la DI durante la instrucción que ha llevado a cabo y que se transcriben a continuación al igual que la descripción de las partes imputadas, y del marco jurídico y mercado relevante en el que se desarrollan las actividades sobre las que versa el análisis de competencia objeto de este expediente que ha realizado la DI.

### I. **SOBRE LAS PARTES**

1. La descripción contenida en el expediente respecto a las empresas afectadas por el presente expediente sancionador es la siguiente:

#### **Denunciante:**

- **JAEMALET.:** La incoación de este expediente deriva de un escrito que tuvo entrada en la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) con fecha 17 de abril de 2012, del 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” (folios 2 a 35), al que adjuntaba documentación relativa a dicho expediente por si se pudieran derivar de la misma hechos que pudieran constituir conductas prohibidas por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

#### **Denunciados:**

- **MUNTERS AB.** Es la empresa matriz de una serie de empresas del GRUPO MUNTERS (folio 464) entre las que se encuentran AB CARL MUNTERS, MUNTERS EUROPE, MUNTERS SPAIN y MUNTERS BELGIUM, todas ellas filiales enteramente participadas al 100% por la empresa MUNTERS AB. Tiene su sede social en Suecia. Entre otras actividades, se dedica a la distribución de equipos de humidificación y climatización en diferentes sectores (agricultura, ganadería, industria, etc.) utilizando para ello filiales repartidas por zonas geográficas.
- **AB CARL MUNTERS.** Filial directamente participada al 100% por MUNTERS AB. Tiene su sede social en Suecia y controla diversas empresas del GRUPO MUNTERS, entre ellas MUNTERS EUROPE y MUNTERS SPAIN.

- **MUNTERS EUROPE AB** (MUNTERS EUROPE). Filial participada al 100% por MUNTERS AB, indirectamente a través de la empresa AB CARL MUNTERS. Tiene su sede social en Suecia.
- **MUNTERS SPAIN, S.A.U.** (MUNTERS SPAIN). Filial participada al 100% por MUNTERS AB, indirectamente a través de la empresa AB CARL MUNTERS. Tiene su sede social en España. MUNTERS SPAIN tiene tres divisiones:
  - a) *Air Treatment. Equipos y sistemas relacionados con la deshumidificación industrial.*
  - b) *AgHort. Equipos y componentes para la humidificación y climatización en los sectores de agricultura y ganadería.*
  - c) *SCC (Spot Climate Control). Equipos y componentes para la climatización en el sector industrial.*

A la hora de distribuir sus productos en España, MUNTERS no suele utilizar distribuidores exclusivos, sino que utiliza de forma simultánea diferentes canales, con diferente peso según el tipo de producto (folios 61 a 64):

- Distribuidores
- Centrales de compra o comercios minoristas
- Instaladores e ingenierías
- Venta directa a los clientes finales

La única particularidad se da en el caso de los acuerdos entre MUNTERS y MMM de cara a las licitaciones convocadas por el Ministerio de Defensa español.

- **MUNTERS BELGIUM NV-SA** (MUNTERS BELGIUM). Filial directamente participada al 100% por MUNTERS AB. Tiene su sede social en Bélgica
- **MANUFACTURAS METÁLICAS MADRILEÑAS, S.L.** (MMM). 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.

Entre otros productos, MMM comercializa generadores de aire caliente, cuyos componentes básicos adquiere a MUNTERS SPAIN, aunque sobre los mismos realiza modificaciones sustanciales, añadiendo accesorios, garantías y servicios, para configurar un nuevo producto sustancialmente diferente, en opinión de MUNTERS SPAIN (folio 213).

## **II. SOBRE EL MERCADO**

2. Con respecto al mercado en el que se desarrolla la conducta analizada, la extinta Dirección de Investigación realiza la siguiente descripción en el PCH:

(21) *En el presente expediente se analizan los acuerdos entre las empresas del Grupo MUNTERS y MMM en relación con las licitaciones convocadas por el Ministerio de Defensa para el suministro de calentadores móviles de tiendas de campaña del Ejército de Tierra.*

(22) *Esta Dirección de Investigación no tiene constancia de ningún precedente de las autoridades nacionales o comunitarias de defensa de la competencia en relación con calentadores de aire móviles.*

(23) *A la hora de delimitar el mercado afectado, en el Pliego de Prescripciones Técnicas del expediente de contratación de 2011 (folios 234 a 247), se establecen unos requisitos técnicos especiales que los equipos tienen que cumplir para poder ser adquiridos por el Ministerio de Defensa. Estos requisitos se refieren a diversos aspectos técnicos como por ejemplo:*

- *Medidas y peso del calentador.*
- *Medidas y peso de la manguera.*
- *Características técnicas del calentador: carcasa de protección independiente de la cámara de combustión, termostato regulador de temperatura, etc.*
- *Características técnicas de la manguera: confeccionada en poliamida recubierta de neopreno de color caqui reflectante, etc.*
- *Accesorios: cada calentador irá sobre un bastidor que incorporará dos ruedas, soporte para su apoyo y brazos para facilitar el desplazamiento y transporte.*
- *Pintura: color verde oliva semimate, RAL 6031.*

(24) *Estos requisitos específicos podrían limitar la sustituibilidad por el lado de la demanda con calentadores móviles utilizados para otros usos. No obstante, desde el punto de vista de sustituibilidad de la oferta, podría ser razonable delimitar un mercado 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.*

(25) *En cualquier caso, no es necesario pronunciarse sobre la definición exacta de mercado de producto relevante en el expediente de referencia, en la medida que no afecta a las conclusiones del análisis.*

(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.*

(27) *En todo caso, no es necesario pronunciarse sobre la definición exacta de mercado geográfico relevante en el expediente de referencia, en la medida que no afecta a las conclusiones del análisis.*

(28) *Por otro lado, 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 dice que su cuota de mercado sería aproximadamente del*

*5%, mientras que MMM afirma que en los últimos tres años su cuota de mercado no ha superado el 8,74%. A nivel del Espacio Económico Europeo sus cuotas de mercado también son limitadas.*

En la Propuesta de Resolución la extinta DI, a la vista de las alegaciones presentadas, estima necesario analizar en mayor profundidad la delimitación del mercado de producto relevante, que había dejado abierta en el PCH. En dicho análisis (párrafos 43 a 51 de la Propuesta de Resolución), 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.

Aunque la delimitación exacta de ambos mercados se deja abierta, la DI estima que la adquisición de los calentadores de aire móviles por el Ministerio de Defensa con un color y unos accesorios específicos, no impiden a MUNTERS poder ofertar sus propios calentadores directamente al Ministerio de Defensa si así lo deseara, sin necesidad de introducir modificaciones sustanciales en su propio producto. Por ello la DI finaliza su análisis considerando que MUNTERS y MMM son competidores entre sí –como ya había advertido en el PCH–, en concreto en el mercado de comercialización minorista de calentadores de aire móviles.

### **III. HECHOS ACREDITADOS**

**3.** La extinta DI considera acreditados los siguiente hechos:

*(29) Según la información aportada por JAEMALET, 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 (folios 251 a 255).*

#### **V.1. Sobre el expediente de contratación del Ministerio de Defensa de 2011**

*(30) Con fecha 18 de julio de 2011 se publica en el BOE la Resolución de JAEMALET por la que se anuncia 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 divide en 2 lotes, correspondiendo el lote 2 a los calentadores de tiendas.*

*(31) Según el informe facilitado por JAEMALET al que se adjuntan copias de las ofertas (folios 408 a 450), 7 empresas presentaron ofertas al lote 2, aunque sólo 4 empresas fueron aceptadas a licitación al ser las únicas que cumplían con los requisitos exigidos para ser objeto de calificación: MMM, SUMINISTROS PENINSULARES IMPORTADOS, S.L. (SUPEIM), SUYFA y TECNOVE.*

*(32) En este expediente, MMM presenta un certificado de MUNTERS SPAIN de fecha 21 de julio de 2011, en que le autoriza la distribución y venta al Ministerio de Defensa*

*español en exclusiva para el expediente 2 0911 2011 0173 00 del generador de aire caliente GRYP 25 AP/GALAXY 25 AP (folio 219).*

*(33) Por su parte, SUPEIM presenta un certificado de MUNTERS BELGIUM de fecha 31 de agosto de 2011, que le autoriza la distribución y venta del generador de aire caliente GRYP 25 para el expediente 2 0911 2011 0173 00 (folio 18). Posteriormente, el 13 de septiembre de 2011, MUNTERS BELGIUM emite una carta de aclaración expresa confirmando el certificado de fecha 31 de agosto de 2011 (folios 23 a 24).*

*(34) 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 presentado certificado original del fabricante. Una vez realizada la subsanación mediante la presentación de la carta de aclaración, el órgano de contratación revoca la exclusión y admite a licitación la oferta de SUPEIM.*

*(35) Las empresas participantes en la licitación presentaron las siguientes ofertas económicas:*

- MMM, 712.720 €.*
- SUPEIM, 483.800 €.*
- SUYFA, 514.480 €.*
- TECNOVE, 636.964 €.*

*(36) El informe del Vocal Técnico en el que se lleva a cabo la valoración de las ofertas técnicas presentadas en la fase de licitación, establece para cada una de las ofertas técnicas las siguientes puntuaciones definitivas:*

- MMM, 2,34 puntos.*
- SUPEIM, 0 puntos.*
- SUYFA, 0 puntos.*
- TECNOVA, 0 puntos.*

*(37) En este informe técnico se consideraron inaceptables las ofertas técnicas de las empresas SUPEIM, SUYFA y TECNOVA, por lo que obtuvieron 0 puntos.*

*(38) Con fecha 27 de septiembre de 2011, MMM presenta un escrito a la Mesa de Contratación del Ejército de Tierra al que adjunta unas declaraciones por escrito de MUNTERS SPAIN, en las que esta empresa dice que MMM es 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 suministrará dicho producto a ninguna otra empresa que no sea MMM (folios 28 a 30).*

*(39) El 29 de septiembre de 2011 MUNTERS EUROPE envía un correo a SUPEIM, en el que le dice que MUNTERS SPAIN tiene un acuerdo con otra empresa para suministrar calentadores al Ejército Español y que eso significa que MUNTERS BELGIUM no puede entregar los equipos pedidos por SUPEIM (Folio 228).*

*(40) Con fecha 28 de octubre de 2011, la Mesa de Contratación del Ejército de Tierra propone la adjudicación del lote 2 a MMM por 712.720 € (folio 4), pero el Órgano de Contratación, con fecha 10 de noviembre de 2011, se aparta de la propuesta de la Mesa de Contratación y resuelve adjudicar el lote 2 a SUPEIM, por un importe de 483.800 € (folio 4). La notificación de la adjudicación a SUPEIM se realizó el 5 de diciembre de 2011.*

*(41) El 7 de febrero de 2012, JAEMALET requiere a SUPEIM la formalización del contrato para el suministro de los calentadores de tienda (folio 5).*

(42) El 7 de marzo de 2012, como contestación al requerimiento para la formalización del contrato, SUPEIM presenta un escrito en el que solicita la retirada de su oferta, aduciendo como motivo para la retirada, que su proveedor ha roto el acuerdo comercial para el suministro de los equipos (folio 5). En este mismo escrito denuncia que las actuaciones por las que ha tenido que retirar su oferta podrían constituir una infracción a la legislación de defensa de la competencia.

(43) Por otra parte, con fecha 24 de enero de 2012 MUNTERS SPAIN ha emitido un certificado (folio 69) en el que señala 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 / GALAXI 25 AP (NATO RAL 6031).

(44) En este certificado también se señala que siendo MMM la única empresa que ostenta dicha exclusividad, se considerará sin validez cualquier otro documento emitido a tal efecto.

## **V.2. Sobre el expediente de contratación del Ministerio de Defensa de 2010**

(45) De acuerdo con los documentos facilitados por JAEMALET (folios 356 a 402), en el año 2010 se convocó otro expediente de contratación por procedimiento abierto cuyo lote 2 se refería a la adquisición de calentadores de tiendas.

(46) Las empresas participantes en esta licitación presentaron las siguientes ofertas económicas:

- MMM, 178.180 €.
- SUPEIM, 87.999,68 €.
- ARPA, 157.530 €.

(47) Para poder presentarse a este expediente de 2010, SUPEIM tenía un certificado de 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 (folio 223).

(48) 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 (folio 220).

(49) Además de la oferta económica, en este expediente se hacía una valoración técnica y logística, así como de la mejora sobre el período de garantía.

(50) En el caso de la valoración técnica y logística la puntuación fue la siguiente:

- MMM, 3,8324 puntos.
- SUPEIM, 3,5824 puntos.
- ARPA, 3,447 puntos.

(51) La mejora sobre el período de garantía fue puntuada de la siguiente manera:

- MMM, 1 punto.
- SUPEIM, 1 punto.
- ARPA, 0 puntos.

(52) Una vez hechas todas las valoraciones la adjudicación del lote 2 de este expediente se concedió a la oferta presentada por MMM.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO.- Habilitación competencial.**

De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante CNMC), la puesta en funcionamiento de la CNMC se iniciará a la fecha que al efecto se determine por orden del Ministro de Economía y Competitividad. Mediante Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, se determinó el 7 de octubre de 2013 como fecha de puesta en funcionamiento de la CNMC. Según la disposición adicional segunda de la misma Ley, *“las referencias que la legislación vigente contiene a la Comisión Nacional de la Competencia [...] se entenderán realizadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [...]”*.

Por otro lado, de acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, 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 Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la entidad, *“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.- Objeto de la resolución y valoración del órgano instructor.**

Constituye el objeto de esta resolución dilucidar si entre MUNTERS y MMM existe un acuerdo entre competidores prohibido por el artículo 1 de la LDC.

De acuerdo con el Informe Propuesta de Resolución elevado por la Dirección de Investigación (folios 1025 a 1047), MUNTERS y MMM habrían incurrido en una conducta prohibida por el artículo 1 de la LDC al haber alcanzado y llevado a la práctica un acuerdo horizontal para limitar la competencia intramarca en las licitaciones convocadas por el Ministerio de Defensa para la compra de calentadores móviles de tiendas de campaña.

En particular, la Dirección de Investigación viene a sostener en su propuesta de resolución la existencia de un acuerdo entre empresas competidoras en la comercialización de calentadores móviles en España. Dicha afirmación se basa en los motivos siguientes: (1º) MMM introduce modificaciones sustanciales en el calentador que le suministra MUNTERS, dando lugar a un producto sustancialmente distinto; (2º) MUNTERS comercializa también, de forma directa, a sus clientes finales en España; (3º) el acuerdo entre MUNTERS y MMM no puede calificarse como un acuerdo de distribución en la medida en que se refiere a un producto concreto para un cliente determinado (el Ministerio de Defensa). Tales motivos son los que conducen inicialmente a concluir, en el pliego de concreción de hechos (párrafos 54 a 70 del PCH, folios 1033 a 1034 del expediente), que el acuerdo entre MUNTERS y MMM equivalente a un pacto de no competencia que tiene un objeto anticompetitivo y que ha tenido efectos anticompetitivos, en particular en la licitación de 2011 *ut supra* descrita. La Dirección de

Investigación considera, además, que las demás empresas del grupo MUNTERS, también incoadas, son también corresponsables de la conducta.

Como consecuencia de las alegaciones presentadas por MUNTERS y MMM al pliego de concreción de hechos, la propuesta de resolución del órgano instructor se ve parcialmente alterada en su motivación, si bien las conclusiones alcanzadas siguen siendo las mismas.

Así, en relación con el carácter sustancialmente distinto del producto elaborado por MUNTERS y del ofrecido por MMM a las licitaciones convocadas del Ministerio de Defensa (es decir, sobre si MMM introduce cambios significativos sobre los calentadores que le suministra MUNETRS), se constata una divergencia de criterio entre MUNTERS por un lado, y MMM y el Ministerio de Defensa por el otro. Así, MUNTERS viene a sostener que los productos ofrecidos por MMM son sustancialmente distintos a los proveídos por la propia MUNTERS, mientras que MMM viene a sostener que los productos no sufren transformación alguna y que los accesorios, servicios y garantías establecidos en los pliegos de la licitación del Ministerio de Defensa no pueden ser considerados requisitos técnicos especiales. La Dirección de Investigación, con base en el informe de JAEMELAT que consta en los folios 895 a 897 del expediente, dota de prevalencia al criterio de MMM, lo que conduce a alterar la motivación contenida en el pliego, sin variar por ello las conclusiones que se alcanzan.

Así, el hecho de que los productos no sean sustancialmente distintos conduce a sostener el condición de competidores de MUNTERS y MMM en el mercado de comercialización minorista de calentadores de aire móviles. El carácter sustancialmente equivalente de los productos suministrados por MUNTERS y por MMM conduce a entender perfectamente viable la participación de MUNTERS en la licitación convocada por el Ministerio de Defensa, lo que viene a corroborar la relación potencialmente competitiva entre ambas empresas.

Por otro lado, sin alterar la motivación, la propuesta de resolución sí da respuesta e incorpora un más detallado argumentario sobre las razones que conducen a sostener que el acuerdo entre MUNTERS y MMM es un acuerdo entre competidores que no puede beneficiarse de la exención que para los acuerdos verticales establece el artículo 2 del Reglamento (UE) 330/2010, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101.3 TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (REV). Conviene a estos efectos reproducir los párrafos (58), (59) y (62) de la propuesta de resolución:

*“(58) La interpretación que dan MUNTERS y MMM a los certificados analizados no es consistente con el contenido literal de los mismos, especialmente el del año 2011. En particular, en este certificado de 21 de julio de 2011 (folio 219) no se regulan las condiciones en las que MUNTERS SPAIN va a suministrar los generadores de aire caliente, sino que simplemente se señala que MMM está autorizado por MUNTERS SPAIN para vender su producto al Ministerio de Defensa. Asimismo, de la lectura del certificado se puede interpretar que la mención a la frase “en exclusiva” se refiere a que*

*la autorización otorgada por MUNTERS SPAIN sólo abarca a este concurso específico del Ministerio de Defensa, y no que MMM es el único que puede acudir a este concurso del Ministerio de Defensa con los productos de MUNTERS.*

*(59) Además, como se ha señalado en el PCH, el supuesto acuerdo vertical entre MUNTERS SPAIN y MMM no es consistente con el sistema de distribución de sus productos que MUNTERS ha implantado en España, pues en el mismo conviven distintos canales (venta directa, instaladores, centrales de compra, distribuidores mayoristas), sin que MUNTERS haya otorgado ninguna exclusiva a ninguno de ellos.*

*[...]*

*(62) En definitiva, esta DI estima que el acuerdo entre MUNTERS SPAIN y MMM analizado en el marco del expediente de referencia no es un acuerdo vertical en el sentido establecido en el artículo 1.1.a) REV, en la medida que es un acuerdo entre dos empresas que operan a efectos del acuerdo en el mismo mercado de comercialización minorista de calentadores de aire móviles, y puesto que es un acuerdo que no regula las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios, sino que dicho acuerdo busca limitar la competencia de cara a las licitaciones convocadas por el Ministerio de Defensa para la adquisición de calentadores de aire móviles.”*

De acuerdo con lo hasta aquí señalado, dada la investigación practicada y la relación de hechos acreditados, constituye el objeto principal llevado a debate la calificación del acuerdo entre MUNTERS y MMM, bien como un acuerdo horizontal entre competidores, lo que conllevaría el incurso en una práctica prohibida por el artículo 1 de la LDC y, en consecuencia, la comisión de una infracción muy grave ex artículo 62.4.c de la LDC, bien como un acuerdo vertical, entre no competidores, lo que exigiría calificar al conducta como exenta, al amparo del artículo 1.4 de la LDC, de conformidad con el artículo 2 del Reglamento (UE) 330/2010, antes referido.

### **TERCERO.- Alegaciones de las partes y prueba propuesta.**

En sus alegaciones a la propuesta de resolución (folios 993 a 1009 y 1010 a 1023), las partes insisten en la calificación de la conducta como exenta por motivos análogos a los ya expuestas en sus alegaciones al pliego de concreción de hechos (folios 769 a 784 y 785 a 877).

En particular, MUNTERS insiste en la inexistencia de relación competitiva con MMM, sostiene la existencia de una relación vertical entre ambas empresas y, sobre dicha premisa, la exención de la práctica investigada al amparo del artículo 1.4 de la LDC y del Reglamento (UE) 330/2010, citando en particular la disposición 2.4.a) de este último. Añade además, reproduciendo lo ya expuesto en sus alegaciones al pliego, que en todo caso la conducta debería calificarse como de menor importancia y, en consecuencia, exenta al amparo del artículo 5 de la LDC, en atención a las cuotas de mercado de que dispone, significativamente inferiores al 10% y al 15%. Insiste, de nuevo, en el escaso impacto del volumen de ventas correspondiente a los equipos objeto de los acuerdos con MMM.

Por su parte, MMM viene a sostener, de forma coincidente con MUNTERS, la relación no competitiva con MUNTERS y, en consecuencia, la indebida calificación del acuerdo por parte del órgano instructor como acuerdo entre competidores. En particular, centra su argumentario en la sustancial equivalencia (o ausente transformación) del producto suministrado por MUNTERS y el ofrecido por MMM en las licitaciones convocadas por el Ministerio de Defensa.

Por último, es preciso también apuntar que, mientras que MUNTERS no propone prueba alguna en su escrito de alegaciones, MMM insiste en la propuesta de práctica de testificales dirigidas a acreditar la referida relación vertical entre la propia empresa y MUNTERS. Concretamente, propone MMM la práctica de testifical en las personas que siguen:

- D. (XXX), responsable de compras, ventas, producto, calidad y medio ambiente de la mercantil CLEANING MACHINES S.L.
- El responsable de la "Vocalía Técnica" de la Dirección General del Sistema de Armas del MALE (Ministerio de Defensa) que, según señala, *“ha formado parte de la sección técnica (vocalía técnica) en los expedientes de contratación para la provisión de generadores de aire portátiles, desde el año 2005 hasta el año 2011”*.

Para la práctica de tales testificales, MMM solicita la celebración de vista, de forma que ésta viene exclusivamente condicionada a la práctica de tales pruebas.

#### **CUARTO.- Conducta acreditada: acuerdo entre competidores de naturaleza anticompetitiva por objeto y por efectos.**

Según lo anteriormente expuesto (FD 2º), considera la Dirección de Investigación que 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.

Según el artículo 1.1 de la LDC:

*“Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:*

- a) *La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.*
- b) *La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.*
- c) *El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.*
- d) *La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.*

e) *La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.”*

Según lo ya señalado, 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.

A estos efectos, resulta imprescindible el análisis de los certificados emitidos por MUNTERS a favor de MMM para el suministro en exclusiva a de los calentadores objeto de las sucesivas licitaciones. Así, el contenido del certificado de 2011 (folio 219), tal y como apunta la propia Dirección de Investigación, no es consistente con el de una relación de tipo vertical. Lejos de regular las condiciones en las que MMM pueda adquirir, vender o revender los productos de MUNTERS, el certificado persigue atribuir a MMM, en exclusiva, la facultad para hacerse con la licitación convocada por el Ministerio de Defensa. Así, se constata como en dicho certificado, lejos de una exclusiva de ámbito objetivo o territorial, MUNTERS atribuye a MMM una exclusiva correspondiente a un producto concreto para un concreto consumidor (el Ministerio de Defensa), con el propósito último de excluir de licitación a quien fuera también cliente de MUNTERS, esto es, SUPEIM. Esta dinámica no conjuga con la propia de una relación vertical y se constata como está directamente dirigida a controlar el resultado de la licitación, mediante la exclusión del competidor con una oferta económica más competitiva, procurando la adjudicación a favor de MMM, con una oferta económica sustancialmente superior a la de SUPEIM. Conviene apuntar, a mayor abundamiento y como elemento de mera corroboración del análisis ya practicado, que el sistema de distribución de MUNTERS en España no se ha materializado en ningún caso con sistemas de distribución exclusiva. Así pues, al margen que del contenido del certificado se deduce que no estamos ante una exclusiva, la deducción es consistente con la práctica de distribución llevada a cabo por MUNTERS en España.

Conviene por otro lado analizar la expresa mención que la representación de MUNTERS hace al artículo 2.4.a) del Reglamento (UE) 330/2010, en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución. Dispone este artículo lo siguiente:

*“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”.*

Lo cierto es que el análisis de esta disposición no es sino paralela al análisis ya efectuado sobre el carácter o no vertical de la relación entre MUNTERS y MMM.

En cualquier caso, para la interpretación del alcance de esta disposición resulta de interés el análisis de las Directrices de la Comisión relativas a las restricciones verticales (2010/C, 130/1, DOUE 19-05-2010), párrafos 27 y 28. Así, en relación con el artículo 2.4 en perspectiva general, las Directrices apuntan que *“la Comisión aborda estos acuerdos verticales entre competidores, por lo que respecta a los posibles efectos de colusión, en las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 a la cooperación horizontal. No obstante, los aspectos verticales de tales acuerdos deben evaluarse con arreglo a las presentes Directrices”*. De este modo, los aspectos verticales sobre tales acuerdos quedarán exentos si se cumplen las condiciones que al efecto establece el artículo 2.4.a) del Reglamento (UE) 330/2010. Sin embargo, ya se ha señalado que aunque pudiera mediar una relación de tipo vertical entre MUNTERS y MMM en ciertos casos (cfr párrafo 45 de la propuesta de resolución, folio 1040 del expediente), lo cierto es que en el supuesto objeto de análisis en este expediente (certificados emitidos por MUNTERS en el contexto de las licitaciones convocadas por el Ministerio de Defensa), las relaciones entre MUNTERS y MMM no se articulan como verticales, sino que se dirigen a procurar un determinado resultado en el procedimiento de licitación.

Añaden las directrices que *“la primera excepción hace que el Reglamento de Exención por Categorías cubra situaciones de distribución dual, aquéllas en las cuales el fabricante de un bien determinado también actúa como distribuidor del mismo en competencia con distribuidores independientes de su bien. En caso de distribución dual se considera que, en general, cualquier impacto potencial en la relación de competencia entre el fabricante y el minorista al nivel al por menor tiene menos importancia que el impacto potencial en la competencia en general del acuerdo de suministro vertical a nivel de la producción o al por menor”*. No obstante, ya se ha señalado que el supuesto fáctico que aquí se analiza no es susceptible de subsumirse en un caso de distribución dual como el analizado en las Directrices y previsto en el Reglamento de exención.

De acuerdo con todo lo señalado, el acuerdo entre MUNTERS y MMM, en la medida en que persigue conseguir el resultado único en la licitación convocada por el Ministerio de Defensa, tiene un objeto anticompetitivo. Sin embargo, de acuerdo con la instrucción practicada, se constatan también efectos de la conducta en el mercado.

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”.*

En definitiva, lejos de articular una vía de distribución en España, o para un cliente exclusivo, de los productos fabricados por MUNTERS, se articula entre MUNTERS y MMM una vía para procurar la adjudicación de licitaciones en términos anticompetitivos, impidiendo a la empresa más competitiva la formalización de un contrato que ya le había sido adjudicado y para el que MUNTERS había proveído el insumo preciso para la satisfacción de la prestación definida en contrato, y perjudicando al órgano de contratación en su proceso de seleccionar al licitador que presentara la oferta económicamente más ventajosa, incluida la consiguiente merma presupuestaria. Por todo ello cabe concluir que MUNTERS y MMM incurren en una práctica prohibida por el artículo 1 de la LDC.

## **QUINTO.- Denegación de prueba propuesta y de celebración de vista.**

### **a) Prueba propuesta**

Según lo antes apuntado, la representación de MMM solicita la práctica de pruebas testificales en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución (folios 1010 a 1023) en las personas que siguen:

- D. (XXX), responsable de compras, ventas, producto, calidad y medio ambiente de la mercantil CLEANING MACHINES S.L. Según MMM, *“la testifical del responsable de compras de CLEANING MACHINES S.L, aportaría la información necesaria sobre la relación existente entre MMM,*

*CLEANING MACHINES y MUNTERS SPAIN, sobre las actuaciones de ésta última mercantil durante las anualidades 2010 y 2011, y sobre su condición de distribuidor oficial de MUNTERS SPAIN'.*

- El responsable de la "Vocalía Técnica" de la Dirección General del Sistema de Armas del MALE (Ministerio de Defensa) que, según señala, *"ha formado parte de la sección técnica (vocalía técnica) en los expedientes de contratación para la provisión de generadores de aire portátiles, desde el año 2005 hasta el año 2011".* Según MMM, *"dicha testifical aportaría información referente a los expedientes de contratación para la provisión de calentadores de tiendas móviles al Ministerio de Defensa, en los que MMM ha concurrido desde el año 2005 hasta el año 2011. Sobre el por qué el Ministerio de Defensa ha mostrado sus preferencias en las licitaciones por el producto presentado por MMM. Y sobre la condición de los licitadores (distribuidores o fabricantes) en los expedientes de contratación para la provisión de generadores de aire portátiles correspondientes a las anualidades 2005 a 2011".*

Para la práctica de estas testificales, MMM solicita la celebración de vista, de forma que ésta viene exclusivamente condicionada a la práctica de tales pruebas.

#### **b) Denegación de la prueba propuesta**

El artículo 51.1 de la LDC regula la práctica por el Consejo de pruebas solicitadas por las partes, siempre que sean distintas de las practicadas en la fase de instrucción por la DC, o de actuaciones complementarias, bien sean de oficio o a instancia de los interesados, cuando dichas pruebas o actuaciones sean consideradas por el Consejo necesarias para la formación del juicio en la toma de decisión. Ese mismo precepto legal, en su apartado 3, dispone que a propuesta de los interesados el Consejo de la CNC pueda acordar la celebración de vista.

La LDC regula la práctica de pruebas ante el Consejo como un trámite de carácter excepcional. La Ley establece un único procedimiento sancionador, en el que se separa claramente la fase de instrucción que lleva a cabo la Dirección de Competencia, (*"en la que se realizarán todos los actos precisos para el esclarecimiento de los hechos y se garantizará la contradicción y el derecho de defensa de los denunciados"*), y la fase de resolución que compete al Consejo, que adopta las decisiones sobre la base de las propuestas formuladas por la DC, eliminando la duplicación de actuaciones de la anterior LDC, sin merma del principio de seguridad jurídica.

Por tanto, en el esquema de la Ley 15/2007, tanto la práctica de pruebas, a propuesta de las partes o de oficio del Consejo, como la celebración de vista, son actuaciones potestativas del Consejo, que las acordará en la medida en que las considere necesarias para aclarar cuestiones que no constan en la instrucción, y que son precisas para la formación de su juicio antes de resolver (artículo 51 LDC).

Además, en materia probatoria, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, es criterio del Consejo considerar que sólo son admisibles aquéllas que tienen por objeto refutar los hechos imputados, la participación en los mismos de las empresas imputadas, o los efectos dañinos sobre el mercado, así como, en su caso, las relativas a la dimensión del mercado afectado o la cifra de negocios del imputado (por todas, STS de 26 de septiembre de 1997).

Sobre estas premisas, el Consejo acuerda denegar las pruebas testificales propuestas por MMM en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución.

En primer lugar, en cuanto a la testifical propuesta de D. (XXX), responsable de compras, ventas, producto, calidad y medio ambiente de la mercantil CLEANING MACHINES S.L., la denegación trae causa de resultar el medio inhábil o no apto para desvirtuar los hechos a aportar notoriedad o fehacencia al objeto de prueba que por medio de dicha testifical se pretende traer al expediente. Según MMM, *“la testifical del responsable de compras de CLEANING MACHINES S.L. aportaría la información necesaria sobre la relación existente entre MMM, CLEANING MACHINES y MUNTERS SPAIN, sobre las actuaciones de ésta última mercantil durante las anualidades 2010 y 2011, y sobre su condición de distribuidor oficial de MUNTERS SPAIN”*. En definitiva, la testifical pretende desvelar si la relación entre MUNTERS y MMM es de carácter horizontal o vertical. Sin embargo, es ésta una calificación que compete a la Autoridad de Competencia, sobre la base de los datos fácticos acreditados en el expediente. En este sentido, la declaración de cierto empleado de CLEANING MACHINES S.L. se revela inhábil para desvirtuar los hechos y la calificación que de los mismos ha hecho el órgano instructor y este Consejo en el Fundamento anterior.

En segundo lugar, MMM propone como prueba la testifical del responsable de la "Vocalía Técnica" de la Dirección General del Sistema de Armas del MALE (Ministerio de Defensa) que, según señala, *“ha formado parte de la sección técnica (vocalía técnica) en los expedientes de contratación para la provisión de generadores de aire portátiles, desde el año 2005 hasta el año 2011”*. Según MMM, *“dicha testifical aportaría información referente a los expedientes de contratación para la provisión de calentadores de tiendas móviles al Ministerio de Defensa, en los que MMM ha concurrido desde el año 2005 hasta el año 2011. Sobre el por qué el Ministerio de Defensa ha mostrado sus preferencias en las licitaciones por el producto presentado por MMM. Y sobre la condición de los licitadores (distribuidores o fabricantes) en los expedientes de contratación para la provisión de generadores de aire portátiles correspondientes a las anualidades 2005 a 2011”*. Del mismo modo, la testifical del funcionario del Ministerio de Defensa encargado de calificación técnica de las ofertas presentadas no permitiría tampoco, cualquiera que fuera su declaración, alcanzar una conclusión sobre la relación o no competitiva entre MUNTERS y MMM distinta de la alcanzado por el órgano instructor (y que este Consejo ha ratificado en anterior fundamento). Así, conviene señalar a este respecto que la calificación de la relación existente entre MUNTERS y MMM como una relación entre competidores se alcanza con independencia de las características técnicas de los calentadores que los pliegos de prescripciones técnicas de las licitaciones del Ministerio de Defensa investigadas

delimitan. De hecho, la propia Dirección de Investigación, en su propuesta de resolución señala que *“esta DI considera que no es necesario que se realicen ninguna de las dos pruebas de ratificación y testifical propuestas por MMMM, en la medida en que esta DI ya [ha] aceptado en el análisis de las alegaciones la tesis planteada por MMM en relación con el hecho de que MMM no realiza modificaciones sustanciales sobre los generadores de aire caliente portátiles de MUNTERS”* (folio 1043). En consecuencia, la declaración testifical de dicho funcionario se revelaría también inidónea a los efectos de desvelar hechos que permitan una alteración de la calificación jurídica o conclusiones alcanzadas en esta resolución. Por ello, la prueba debe ser denegada.

Respecto a la solicitud de vista formulada por MMM, este Consejo quiere recordar que la vista, en la vigente LDC, es una actuación que el Consejo puede acordar discrecionalmente, *“cuando la considere adecuada para el análisis y enjuiciamiento del objeto del expediente”* (art. 19.1 RDC).

El Consejo, teniendo en cuenta que es potestad suya acordar la celebración de vista cuando lo considere adecuado para el examen y el enjuiciamiento del objeto del expediente (art. 19 del RDC), ha resuelto no acceder a la solicitud de celebración de vista por no considerarlo necesario para su valoración del asunto. Además, la celebración de vista solicitada por MMM trae causa de la propuesta de prueba testifical, por lo que denegada la testifical decae también el fundamento sobre la cual la vista fue solicitada por la parte. Por lo expuesto, la negativa del Consejo a celebrar vista en ningún supuesto puede generar indefensión a las partes.

#### **SEXTO.- Conducta de menor importancia (art. 5 LDC).**

Según lo ya señalado, MUNTER insiste en sus alegaciones a la propuesta de resolución que el acuerdo con MMM debería en cualquier caso calificarse como una conducta de menor importancia al amparo del artículo 5 de la LDC y artículos 1 a 3 del RDC.

La Dirección de Investigación, sin embargo, considera que un acuerdo como el descrito no puede beneficiarse de la exención *de minimis*, en particular con base en lo previsto en el artículo 2.1.c) del RDC. Así, según el mencionado precepto, *“con independencia de lo establecido en el artículo anterior, no se entenderán de menor importancia las conductas entre competidores que tengan por objeto, directa o indirectamente, de forma aislada o en combinación con otros factores controlados con empresas partícipes: [...] c) el reparto de mercados o clientes, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones”*. Siendo así, al margen de cuales sean las concretas cuotas de mercado de las empresas incoadas y las cuotas a tal efecto previstas en el artículo 1 del RDC, la conducta que aquí se analiza no puede beneficiarse de la exención por menor importancia.

Según lo señalado por el Consejo de la extinta CNC (RCNC de 16 de septiembre de 2013, Expte. S/0397/12 TRANSPORTES MADRID) en relación con un acuerdo de fijación de precios y ante alegación equivalente:

*“En todo caso, de acuerdo con la doctrina que viene reiterando este Consejo (entre otras, RCNC de 30 de mayo de 2012, Expte S/0273/10, Asociación Nacional de Informadores Gráficos; RCNC de 14 de diciembre de 2012, Expte S/0352/11 Unión de correctores), sin perjuicio de cuál sea el perímetro del mercado de producto y la cuota que las partes puedan tener en el mismo, el artículo 5 de la LDC no resulta de aplicación a los acuerdos colusorios entre empresas en materia de precios. Ello se deduce claramente del art. 2 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, que establece que no se entenderán de menor importancia las conductas entre competidores que tengan por objeto, directa o indirectamente, de forma aislada o en combinación con otros factores, la fijación de los precios de venta de los productos a terceros.*

*En este sentido, la referencia a la Resolución recaída en el expediente S/0105/08, El Corral de las Flamencas resulta absolutamente fuera de lugar. Allí se trataba de una restricción de naturaleza vertical sin aptitud para distorsionar la competencia intra o intermarca. Aquí por el contrario, se trata de un acuerdo entre competidores con aptitud para restringir la competencia entre empresas, tal y como ya se ha argumentado.”*

Así, lo dicho en tal ocasión respecto de un acuerdo de fijación de precios (art. 2.1.a RDC) es plenamente extrapolable al caso aquí analizado, bajo el prisma del artículo 2.1.c) del RDC.

#### **SÉPTIMO.- Responsabilidad.**

Si bien el expediente se incoó inicialmente contra MMM y MUNTERS SPAIN mediante acuerdo de la DI de 3 de julio de 2012, posteriormente la incoación fue ampliada en fecha 18 de diciembre de 2012 a MUNTERS AB, AB CARL MUNTERS, MUNTERS EUROPE AB y MUNTERS BELGIUM NV-SA. La propuesta de resolución sostiene la responsabilidad, directa o indirecta de todas las incoadas.

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. A este respecto, el artículo 61.2 de la LDC dispone que la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas. A su vez, según reiterada doctrina comunitaria, confirmada por la Audiencia Nacional, se presume (salvo prueba en contrario) que la sociedad que ostenta el 100% del capital social de otra sociedad ostenta sobre ella un control directo que la hace corresponsable de la conducta ilícito imputada a su filial.

Según ha señalado el Consejo de la CNC en diversas ocasiones (por todas, RCNC de 30 de julio de 2013. Expte. S/0380/11 COCHES DE ALQUILER):

*“En estas situaciones, de derecho o de hecho, en las que la filial que ha participado en una infracción de competencia no determina de manera autónoma su conducta en el mercado sino que aplica, esencialmente, las instrucciones que le imparte la sociedad matriz, la jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia -seguida por este Consejo- afirma que una y otra sociedad forman parte de una misma unidad económica, es decir, constituyen una única empresa en el sentido del art. 1 de la LDC, por lo que la Autoridad de competencia puede imponer multas a la sociedad matriz, sin que sea necesario demostrar la implicación directa de ésta en la infracción.*

*Esa misma jurisprudencia comunitaria viene considerando que en los casos en los que una matriz participa en el 100% del capital social de su filial, existe una presunción “iuris tantum” de que la matriz ejerce una influencia decisiva en el comportamiento de su filial, siendo esta presunción un elemento específico de la normativa de competencia derivado del concepto de unidad económica propio de esta disciplina. En tales casos corresponde a la matriz desvirtuar dicha presunción aportando pruebas que demuestren que su filial determina de modo autónomo su conducta en el mercado.”*

Así, la citada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de septiembre de 2011 (C-521/09 P), deja claro que tal presunción de control puede darse: *“54 Según reiterada jurisprudencia, el comportamiento de una filial puede imputarse a la sociedad matriz, en particular, cuando, aunque tenga personalidad jurídica separada, esa filial no determina de manera autónoma su conducta en el mercado sino que aplica, esencialmente, las instrucciones que le imparte la sociedad matriz, teniendo en cuenta concretamente los vínculos económicos, organizativos y jurídicos que unen a*

esas dos entidades jurídicas (véanse las mencionadas sentencias Akzo Nobel y otros/Comisión, apartado 58, y General Química y otros/Comisión, apartado 37).

55 En efecto, en tal situación, al formar parte la sociedad matriz y su filial de una misma unidad económica y constituir, por lo tanto, una única empresa en el sentido del artículo 81 CE, la Comisión puede, a través de una decisión, imponer multas a la sociedad matriz, sin que sea necesario demostrar la implicación personal de ésta en la infracción (véanse las mencionadas sentencias Akzo Nobel y otros/Comisión, apartado 59, y General Química y otros/Comisión, apartado 38).

56 A este respecto, el Tribunal de Justicia ha precisado que, en el caso específico de que una sociedad matriz sea titular del 100 % del capital de la filial que ha infringido las normas del Derecho de la Unión en materia de competencia, cabe afirmar, por una parte, que esa sociedad matriz puede ejercer una influencia determinante en la conducta de su filial y, por otra, que existe la presunción iuris tantum de que dicha sociedad matriz ejerce efectivamente tal influencia (en lo sucesivo, «presunción del ejercicio efectivo de una influencia determinante») (véanse, en particular, las sentencias de 25 de octubre de 1983, AEG/Comisión, 107/82, Rec. p. 3151, apartado 50; Akzo Nobel y otros/Comisión, antes citada, apartado 60; General Química y otros/Comisión, antes citada, apartado 39, así como ArcelorMittal Luxembourg/Comisión y Comisión/ArcelorMittal Luxembourg y otros, antes citada, apartado 97).

57 En estas circunstancias, basta con que la Comisión pruebe que la sociedad matriz de una filial es titular de la totalidad del capital de ésta para presumir que aquélla ejerce efectivamente una influencia determinante en la política comercial de esa filial. Consecuentemente, la Comisión puede considerar que la sociedad matriz es responsable solidaria del pago de la multa impuesta a su filial, a no ser que dicha sociedad matriz, a la que incumbe destruir dicha presunción, aporte suficientes elementos probatorios que demuestren que su filial se conduce de manera autónoma en el mercado (véanse las sentencias de 16 de noviembre de 2000, Stora Kopparbergs BergS.L.ags/Comisión, C 286/98 P, Rec. p. I 9925, apartado 29; Akzo Nobel y otros/Comisión, antes citada, apartado 61; General Química y otros/Comisión, antes citada, apartado 40, así como ArcelorMittal Luxembourg/Comisión y Comisión/ArcelorMittal Luxembourg y otros, antes citada, apartado 98).

Como destaca esta misma jurisprudencia, la presunción de que la matriz ejerce o puede ejercer una influencia decisiva sobre su filial al 100% no es absoluta, pudiendo las empresas presentar los elementos de prueba que estimen oportunos en contra de la misma:

“58 De la jurisprudencia se desprende igualmente que, para determinar si una filial decide de manera autónoma su comportamiento en el mercado, deben tomarse en consideración todos los elementos pertinentes relativos a los vínculos económicos, organizativos y jurídicos que unen a esa filial con la sociedad matriz, los cuales pueden variar según el caso y, por lo tanto, no pueden ser objeto de una enumeración exhaustiva (véase, en ese sentido, la sentencia Akzo Nobel y otros/Comisión, antes citada, apartados 73 y 74).

59 La presunción del ejercicio efectivo de una influencia determinante tiene como principal finalidad establecer un equilibrio entre la importancia, por una parte, del objetivo consistente en reprimir las conductas contrarias a las normas sobre la

*competencia, en particular al artículo 101 TFUE, y evitar que éstas se repitan y, por otra parte, de las exigencias de determinados principios generales del Derecho de la Unión como son, en particular, los principios de presunción de inocencia, de personalidad de las penas y de seguridad jurídica, así como el derecho de defensa, incluido el principio de igualdad de armas. Precisamente por esa razón es refutable, como resulta de la reiterada jurisprudencia expuesta en el apartado 56 de la presente sentencia.*

*60 Procede recordar, por un lado, que dicha presunción se basa en la constatación de que, salvo en circunstancias completamente excepcionales, una sociedad que es titular de la totalidad del capital de una filial puede, por el mero hecho de ser titular de dicha cuota, ejercer una influencia determinante en la conducta de dicha filial y, por otro lado, que para probar la falta de ejercicio efectivo de ese poder de influencia normalmente lo más eficaz es buscar elementos en la esfera de las entidades contra las que opera dicha presunción.*

*61 En dichas circunstancias, si para destruir dicha presunción, a la parte interesada le bastase con formular meras afirmaciones sin fundamento, aquélla se vería ampliamente privada de su utilidad.*

*62 Por otra parte, de la jurisprudencia se desprende que una presunción, aunque sea difícil de destruir, continúa estando dentro de unos límites aceptables mientras sea proporcionada al fin legítimo que persigue, exista la posibilidad de aportar prueba en contrario y se garantice el derecho de defensa (véanse, en ese sentido, la sentencia de 23 de diciembre de 2009, Spector Photo Group y Van Raemdonck, C 45/08, Rec. p. I 12073, apartados 43 y 44, y la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de julio de 2002, Janosevic c. Suecia, Recueil des arrêts et décisions 2002 VII, apartados 101 y siguientes)”.*

Una doctrina que el TJUE ha confirmado en sentencias posteriores y recientes, como las de 8 de mayo de 2013 (asunto C-508/11 P, ENI) y de 11 de julio de 2013 (asunto C-440/11 P, Portielje). Esta doctrina ha sido también confirmada por la Audiencia Nacional, entre otras, en sentencias de 11 de julio de 2012 (recurso 229/2011), 11 de febrero de 2013 (recurso 48/2012) o 25 de febrero de 2013 (recurso 390/2011).

La presunción de control que deriva de la tenencia del 100% del capital social de las autoras directas de la conducta no ha sido desvirtuada por la representación de las matrices. Es más, el conjunto de empresas del grupo MUNTERS imputada actúan bajo una única representación y presentan un único escrito de alegaciones a la propuesta de resolución (folios 993 y ss), sin que en ningún momento se cuestione esa unidad de decisión del grupo en su conjunto. En consecuencia, tanto MUNTERS AB como AB CARL MUNTERS deberán también responder solidariamente de la sanción que se imponga a sus filiales.

#### **OCTAVO.- Cuantificación de la sanción.**

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.

El requisito de culpabilidad que exige el artículo 63.1 de la LDC como presupuesto de ejercicio de la potestad sancionadora es incuestionable en este caso pues la conducta, según lo ya analizado, tiene por objeto excluir a un competidor de la licitación convocada por el Ministerio de Defensa y consigue su propósito.

Según el artículo 63.1.c) de la LDC, la sanción por infracción muy grave consiste en *“multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la sanción”*. La LDC, pues, se limita a fijar un máximo legal, cuyo objeto es evitar que el pago de la multa conduzca a la desaparición de la empresa, junto con criterios de graduación y circunstancias agravantes y atenuantes. De este modo, el artículo 64 de la LDC que enumera de forma abierta los criterios que se deben tener en cuenta para fijar el importe de la sanción: a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción; b) La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables; c) El alcance de la infracción; d) La duración de la infracción; e) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; f) Los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción; g) Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurren en relación con cada una de las empresas responsables.

Por otro lado, la Disposición Adicional 3ª de la LDC prevé la publicación de Comunicaciones para aclarar los principios que guían la actuación de la extinta CNC y ahora CNMC en la aplicación de la LDC. De esta forma, la amplitud prevista por la Ley para la fijación de sanciones es encauzada por la *Comunicación de 6 de febrero de 2009 de la CNC sobre cuantificación de sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la LDC* (BOE 11 febrero 2009, en adelante *“Comunicación de sanciones”*). Su apartado 3º señala: *“Mediante esta Comunicación [...] la CNC pretende establecer unas Directrices que, con carácter general, guíen su actuación. Con ello se pretende contribuir a mejorar la transparencia y la objetividad en el cálculo de la sanción, potenciar su efecto disuasorio y favorecer la seguridad jurídica de los operadores económicos.”*

En este concreto expediente, la metodología general prevista en la Comunicación no puede ser plenamente aplicada al caso analizado. Según el párrafo (4) de la Comunicación, *“excepcionalmente, la CNC [CNMC] podrá encontrar necesario, para cumplir con el objetivo sancionador, la aplicación circunstancial de otros criterios, que deberán estar suficientemente motivados. Razones como la dificultad de alcanzar los objetivos de la Comunicación contenidos en (3) o la imposibilidad material de aplicar la metodología general por ausencia de información, pueden hacer necesario el empleo de otros criterios no explicitados en la presente Comunicación y conformes en todo caso con el establecido en la ley”*. 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, 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 total 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%<sup>1</sup>. 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.

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”.

En su virtud, visto los artículos citados y los demás de general aplicación, el Consejo en sala de Competencia,

## HA RESUELTO

**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:

---

<sup>1</sup> Así, a título de ejemplo: (1º) Motta, M. (2007). *On cartel deterrence and fines in the EU*. European University Institute, Florence and Università di Bologna, 12 y (2º) Combe, Emmanuel and Constance Monnier (2011) *Fines against hard-core cartels in Europe : the myth of over-enforcement*, Antitrust Bulletin, Vol. 56, No. 2, Summer.

- 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, MUNTER5S EUROPE AB y MUNTERS BELGIUM NV-SA.

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

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.

VOTO PARTICULAR

**VOTO PARTICULAR DISCREPANTE** que formula el Consejero Don Fernando Torremocha y García-Sáenz en la Resolución Administrativa dictada por esta SALA DE COMPETENCIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el Expediente S/0423/12 Munters.

**DISCREPANCIA** con lo acordado y resuelto, que desarrollo seguidamente:

### **PRIMERO.- HECHOS PROBADOS.-**

En la Resolución Administrativa adoptada el 19 de Diciembre del 2013, esta Sala de Competencia ha establecido los siguientes:

**1º** En orden a **las partes denunciadas** en tanto que afectadas por el presente Expediente Sancionador:

- MUNTERS AB. es la empresa matriz de una serie de empresas del GRUPO MUNTERS, entre las que se encuentran **(1) AB CARL MUNTERS (2) MUNTERS EUROPE (3) MUNTERS SPAIN** y **(4) MUNTERS BELGIUM**, todas ellas filiales enteramente participadas al **100%** por la empresa MUNTERS AB, que tiene su sede social en Suecia y, entre otras actividades, se dedica a la distribución de equipos de humidificación y climatización en diferentes sectores (agricultura, ganadería, industria, etc) **utilizando** para ello filiales repartidas por zonas geográficas.
- AB CARL MUNTERS filial directamente participada al 100% por MUNTERS AB y tiene su sede social en Suecia y **controla diversas empresas del Grupo MUNTERS**, entre ellas MUNTERS EUROPE y MUNTERS SPAIN.
- MUNTERS EUROPE AB filial participada al 100% por MUNTERS AB e **indirectamente** a través de la empresa AB CARL MUNTERS y tiene su sede social en Suecia.
- MUNTERS BELGIUM NV-SA filial directamente participada al 100% por MUNTERS AB y tiene su sede social en Bélgica.
- MUNTERS SPAIN filial participada al 100% por MUNTERS AB e **indirectamente** a través de la empresa AB CARL MUNTERS y tiene su sede en España. Tiene tres divisiones: a) air treatment; b) AgHot y c) SCC.

A la hora de distribuir sus productos en España no suele utilizar distribuidores exclusivos, sino que utiliza de forma simultánea diferentes canales, con diferente peso según el tipo de producto.

La única particularidad se da en el caso de **los acuerdos** entre MUNTERS y MMM de cara a las licitaciones convocadas por el Ministerio de Defensa Español.

- MANUFACTURAS METALICAS MADRILEÑAS S.L. (MMM).

**2º** En el Expediente de Contratación del Ministerio de Defensa, MMM presenta un certificado de MUNTERS SPAIN, de fecha 21 de Julio del 2011, en el que le **autoriza** la distribución y venta al Ministerio de Defensa español, en exclusiva, para el expediente 2 0911 2011 0173 00 del generador de aire caliente GRYP 25 AP/GALAXY 27 AP.

SUPEIM presenta un certificado de MUNTERS BELGIUM de fecha 31 de Agosto del 2011 que le autoriza la distribución y venta del generador de aire caliente GRY-1 25 para el expediente 2 0911 2011 0173 00 **posteriormente** confirmado expresamente por carta de aclaración de 31 de Agosto del 2011. Y fue presentada por SUPEIM como respuesta a su exclusión como licitadora.

MMM con fecha 27 de Septiembre del 2011 presenta un escrito a la Mesa de Contratación del Ejército de Tierra al que adjunta unas declaraciones por escrito de MUNTERS SPAIN en las que esta empresa dice que MMM es 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 suministrará a ninguna otra empresa que no sea MMM.**

MUNTERS EUROPE envía un correo a SUPEIM en el que le dice que MUNTERS SPAIN tiene un acuerdo con otra empresa para suministrar calentadores al Ejército español y que eso significa que MUNTERS BELGIUM **no puede entregar los equipos pedidos por SUPEIM.**

MUNTERS SPAIN con fecha 24 de Enero del 2012 emite un certificado en el que señala que autoriza a MMMI distribución y venta en exclusiva, durante un 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 y, por ello, se considerará sin validez otro documento emitido al efecto.

**3º** El Informe Propuesta de Resolución elevado por la Dirección de Investigación al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (hoy ambas extintas) entiende que MUNTERS (**sic**) y MMM habrían incurrido en una conducta prohibida por el Artículo 1 de la LDC al haber alcanzado y llevado a la práctica un **acuerdo horizontal** para limitar la **competencia intramarca** en las licitaciones convocadas por el Ministerio de Defensa Español para la compra de calentadores móviles de tiendas de campaña.

La Dirección de Investigación (hoy extinta) en su Informe Propuesta de Resolución sigue diciendo que el acuerdo entre MUNTERS (**sic**) y MMM **equivale** a un

pacto de no competencia, que tiene un objeto anticompetitivo y que ha tenido efectos anticompetitivos, en particular en la licitación de 2011 descrita ut supra.

La Dirección de Investigación **considera, además, que las empresas del grupo MUTERS, también incoadas, son también corresponsables de la conducta.**

**4º** La Dirección de Investigación (hoy extinta) **manifiesta y dice** “que por otro lado, **sin alterar la motivación**, la propuesta de resolución sí da respuesta e incorpora **un más detallado argumentario** sobre las razones que conducen a sostener que el acuerdo entre MUTERS (**sic**) y MMM es un acuerdo entre competidores que no puede beneficiarse de **la exención** que para los acuerdos verticales establece el Artículo 2 del Reglamento (UE) 330/2010 de 20 de Abril de 2010, relativo a la aplicación del Artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas”.

En momento posterior (página 14), la Dirección de Investigación (hoy extinta) dice que “de acuerdo con lo hasta aquí señalado, dada la investigación practicada y la relación de hechos acreditados (**sic**) constituye el objeto principal llevado **a debate** la calificación del acuerdo entre MUTERS (**sic**) y MMM, (1) **bien como** un acuerdo horizontal entre competidores, lo que **conllevaría** el incurso en una práctica prohibida por el Artículo 1 de la LDC y, en consecuencia la comisión de una infracción muy grave ex Artículo 62.4 de la LDC (2) **o bien como** un acuerdo vertical, entre no competidores, lo que **exigiría** calificar la conducta como **exenta**, al amparo del Artículo 1.4 de al LDC, de conformidad con el Artículo 2 del Reglamento (UE) 330/2010”.

## **SEGUNDO.- DISCREPANCIA SUSTANTIVA.-**

La lectura de la Propuesta de Resolución que la Dirección de Competencia eleva a esta Sala de Competencia y que se ha visto trasladada miméticamente a la Resolución dictada, a juicio de este Consejero discrepante, es ligera por cuanto nos habla de un *debate seguido de unos calificativos condicionales*, todo lo más alejado a lo que debe ser una resolución administrativa, **sujeta a contradicción por los particulares, a los que no puede negárseles su derecho a una tutela efectiva, bien judicial o administrativa.**

Términos tales como *debate, argumentario, conllevaría, exigiría, hechos probados y hechos acreditados*.....no pueden ser asumidos sin grave riesgo, no ya metodológico, sino resolutorio.

La lectura plantea, sin ánimo de reducirlos, los siguientes condicionantes: (1) cómo puede entenderse que a lo largo de la totalidad de páginas que conforman ambas propuestas (la inicial del servicio y la final de la Sala) se dice **MUTERS (sic)** sin adjetivación societaria/empresarial alguna; (2) cómo puede entenderse que a lo largo y ancho de las páginas que conforman ambas resoluciones, se describan las interrelaciones societarias en **cascada**, para en algún momento posterior plantear un **debate alternativo y condicionante a escoger**; (3) cómo es posible, que si en las

mismas páginas se describe la realidad del mercado en el que actúan en cascada todas las empresas sancionadas y que el **poder de actuación y puesta a disposición del mercado del producto ofrecido SÓLO** se ejerce desde la **matriz sueca**, careciendo las demás (= filiales) de poder decisorio, etc., (conductas verticales) en otro momento del **argumentario cabría** calificarlas como conductas horizontales...

De ahí que este Consejero discrepe de la Resolución Administrativa dictada por esta Sala de Competencia por **incongruente, dictada en contradictoria motivación y vulneradora de preceptos legales comunitarios**.

1º Manteniendo el establecimiento de **HECHOS PROBADOS que no acreditados**, este Consejero discrepa de la final conclusión a la que se llega en la Resolución Administrativa dictada por esta Sala de Competencia por cuanto **“los acuerdos entre MUNTERS (SIC) y MMM son incardinables en el Artículo 2 del Reglamento (UE) 330/2010 de 20 de Abril del 2010, relativo a la aplicación del Artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y practicadas concertadas”**.

En aplicación de los mismos, las conductas instruidas se **beneficiarían de la exención prevista**, al efecto, **para los acuerdos verticales**. Lo que concluiría con una Resolución Administrativa, en cuya Parte Dispositiva se debería haber resuelto acordando **“la exención de las conductas por imperio de la Ley”**.

2º Si alternativamente se hubiere decantado **(lo que no se hizo)** por una conducta subsumida en acuerdos horizontales y sin posibilidad de hacerse por la Dirección de Investigación (hoy extinta) una imputación de responsabilidades **definitiva partiendo del establecimiento de Hechos Probados**, debería haberse **inhibido ex Artículo 101 TFUE a favor de la autoridad europea mejor posicionada, porque lo contrario le vine vedado por imperio de la Ley**.

En Derecho deviene imposible acogerse a una calificación y subsumirla en una norma legal, **pero sólo parcialmente en lo que pueda beneficiarme (instrucción)** y al mismo tiempo, acogerse a otra calificación y subsumirla en norma contraria/contradictoria. O lo que es decir **“no se puede ser una cosa y la contraria al mismo tiempo”**.

### **TERCERO.- OBITER DICTUM.-**

El Derecho Español de la Competencia, desde la inicial Ley 1965 al día de hoy y en paralelo con las leyes de nuestro entorno, incluidas las emanadas de la Comisión y del Consejo, además de las Directivas, ha ido sufriendo un cambio a mejor y una más concreta garantía de concreción de los ilícitos y su repercusión en el régimen sancionador.

La Ley 16/1989 en su Artículo 10 concretaba la posibilidad de cuantificar las sanciones. Y lo mismo hizo, la actual y vigente Ley 17/2007 en los Artículos 63

(sanciones) y 64 (criterios para la determinación del importe de las sanciones) en armonía y concordancia con lo prevenido en el anterior Artículo 62 (infracciones).

La Resolución Administrativa dictada por esta Sala y de la que discrepo, en su página 28 (primer párrafo) literalmente propone que *“en este concreto expediente, la metodología general prevista en la **Comunicación** no puede ser **plenamente aplicada** al caso analizado. Según el párrafo (4) de la Comunicación <excepcionalmente la CNC (CNMC) **podrá encontrar necesario, para cumplir con el objetivo sancionador, la aplicación circunstancial de otros criterios, que deberán estar suficientemente motivados. Razones como la **dificultad de alcanzar los objetivos** de la Comunicación contenidos en (3) o la **imposibilidad material** de aplicar la metodología general por ausencia de información, pueden hacer necesario el empleo de otros criterios **no explicitados** en la presente Comunicación y conformes en todo caso con lo establecido en la ley”***.

ESTUPOR. Esta sencilla palabra es la causante de lo acontecido en el intelecto de este Consejero, tras la lectura del párrafo transcrito en su plena literalidad. Me he preguntado (1) si la Ponencia proponente de la Resolución Administrativa asumida por esta Sala de Competencia **es consciente que de un solo plumazo se ha cargado el principio de jerarquía normativa;** (2) que está elevando a rango de Ley una simple Comunicación interior para andar por casa; (3) que lo está haciendo **contra legem;** (4) y que con ello, está generando una inseguridad jurídica colosal....

#### **CUARTO.- CONCLUSION.-**

Tras lo anterior, fijo mis conclusiones en orden a la discrepancia.

1ª Declarar que las conductas imputadas a MUNTERS (sic) y MMM devienen por consecuencia de acuerdos verticales entre las mismas empresas (matriz y filiales), incardinables en el Artículo 2 del Reglamento (UE) 300/2010, de 20 de Abril del 2010, relativo a la aplicación del Artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, a las que debe aplicárseles la exención, por imperio de la Ley.

2ª Ad cautelam y alternativamente, significar que si la Dirección de Investigación (hoy extinta) se hubiere decantado **(pero no alternativamente, sino como única propuesta)** por calificar a las conductas como horizontales, ésta debería haberse inhibido a favor de la autoridad mejor posicionada ex Artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, con remisión de las actuaciones.

3ª Declarar, **obiter dictum**, la aplicación al presente expediente sancionador, lo dispuesto en los Artículos 63 y 64, en relación y armonía con el anterior Artículo 62, todos ellos de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de la Ley de Defensa de la Competencia, por el principio de jerarquía normativa (primacía y prevalencia de la Ley frente a una simple Comunicación interna).

Así, por este mi VOTO PARTICULAR lo pronuncio, mando y firmo en Madrid  
fecha ut supra.