

RESOLUCIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Expte. VS/0303/10, DISTRIBUIDORES DE SANEAMIENTO, empresas Tubos y Hierros Industriales, S.A. y Fintubo, S.A.

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep María Guinart Solà

D^a Clotilde de la Higuera González

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 7 de marzo de 2019

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente VS/0303/10, DISTRIBUIDORES DE SANEAMIENTO cuyo objeto es la ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2018 (recurso 3941/2015) por la que se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de noviembre de 2015 (recurso 302/2013) dictada como consecuencia del recurso interpuesto por Tubos y Hierros Industriales, S.A. y Fintubo, S.A (en adelante THISA Y FINTUBO), en relación con la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 23 de mayo de 2013 (Expediente S/0303/10, DISTRIBUIDORES DE SANEAMIENTO).

ANTECEDENTES DE HECHO

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

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

SEGUNDO. *Declarar que son sujetos responsables de esta infracción de cártel las empresas (...); TUBOS Y HIERROS INDUSTRIALES, S.A. y solidariamente su matriz FINTUBO, S.A. (...).*

TERCERO. *Imponer a las referidas empresas como autoras de la conducta infractora las siguientes multas sancionadoras: (...), Dos millones cien mil seiscientos cincuenta y un euros (2.100.651€) a TUBOS Y HIERROS INDUSTRIALES, S.A. y, solidariamente, a su MATRIZ FINTUBO, S.A. (...)*

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

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

2. Con fecha 27 de mayo de 2013, le fue notificada a THISA Y FINTUBO (folios 317.5 y 317.6) la citada Resolución contra la que interpusieron recurso contencioso administrativo (302/2013), que fue estimado parcialmente por la Audiencia Nacional mediante sentencia de 2 de noviembre de 2015. Contra ella, la Abogacía del Estado interpuso recurso de casación (3811/2015).
3. Con fecha 3 de abril de 2018, el Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso de casación en lo relativo al importe de la multa, ordenando a la CNMC a realizar un nuevo cálculo de la multa de conformidad con la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015. Esta Comisión recibió el 21 de mayo de 2018 testimonio de la sentencia.
4. Con fecha 29 de abril de 2013, el Consejo de la CNC requirió a THISA Y FINTUBO la aportación de información sobre su volumen de negocios total antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados en el ejercicio 2012 (folio 69068 expte. S/0303/10).
5. Con fecha 10 de mayo de 2013, THISA remitió escrito de contestación en el que señalaba que su volumen de negocio total en 2012 ascendió a 82.058.302,08 € (folio 69255 expte. S/0303/10).
6. THISA Y FINTUBO se encuentran actualmente en situación concursal (Procedimiento concursal 504/2015. Fecha de resolución 13/07/2015. Auto de declaración de concurso. Voluntario. Juzgado: num. 7 JUZGADO DE LO MERCANTIL DE MADRID).
7. Son interesados: Tubos y Hierros Industriales, S.A. y Fintubo, S.A
8. El Consejo deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 7 de marzo de 2019.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO.- Habilitación competencial

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

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

SEGUNDO. Sobre la ejecución de sentencia del Tribunal Supremo

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

Tal y como se ha recogido en los antecedentes, la Resolución de la CNC de 23 de mayo de 2013, dictada en el S/0303/10, DISTRIBUIDORES DE SANEAMIENTO, impuso una multa de 2.100.651 euros a TUBOS Y HIERROS INDUSTRIALES, S.A. y, solidariamente, a su MATRIZ FINTUBO, S.A., contra la que interpusieron recurso contencioso administrativo.

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

Concretamente en el FD ÚNDECIMO de la sentencia del TS se señala lo siguiente:

“III. Por tanto, debemos declarar no ajustada a Derecho la Resolución sancionadora en el extremo relativo al importe de la multa impuesta y ordenar a la Comisión Nacional de la Competencia que proceda a cuantificarla de nuevo.

Este pronunciamiento debe ser modulado en el sentido de que el cálculo de la sanción no habrá de realizarse con arreglo a las pautas establecidas en la Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia de 6 de febrero de 2009, sino que deberá hacerse de conformidad con la interpretación que de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 hacemos en esta sentencia.

Asimismo, deberá tenerse en cuenta –por aplicación del principio que prohíbe la reformatio in peius- que en ningún caso la cuantía de la multa podrá superar la de la sanción que ahora ha sido dejada sin efecto.

Por último, en cuanto a la solicitud de la parte actora de reducir la sanción o, incluso, eximir de ella a las recurrentes por hallarse éstas en situación de concurso de acreedores, solicitud que la parte actora sustenta en la jurisprudencia del TJUE – sin mayor concreción- y en la aplicación de este criterio en la propia Resolución a otra de las empresas afectadas, debemos señalar que, teniendo en cuenta que la referencia temporal que obra en las actuaciones en relación al concurso de acreedores de THISA y de FINTUBO data de 2014, la incidencia que tal situación pudiera tener en la cuantía de la sanción deberá ser valorada por la Administración, junto a las demás circunstancias concurrentes, en el momento de realizar la aludida cuantificación (en el caso de que dicha situación realmente subsistiera en ese momento)”.

TERCERO. Sobre la determinación de la sanción

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

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

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

- De conformidad con el dispositivo primero de la resolución, THISA y de manera solidaria su matriz FINTUBO (entre otros) fueron declarados responsables de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, consistente en un cartel integrado por distribuidores de productos de saneamiento y fontanería, consistente en la fijación condiciones comerciales relativas a precios.
- En particular, según lo señalado en el Fundamento de Derecho Sexto: *“THISA adoptó el acuerdo de establecimiento de un recargo de financiación en la reunión de 23 de junio de 2008, en la que también se sentaron las bases de la información a contener en el fichero sobre morosidad en línea con el acuerdo adoptado en la reunión de 13 de febrero de 2008, y recibió copia de las cartas a remitir por las demás empresas del cártel, facilitando ASEIF en su denuncia copia de algunas de las facturas de sus clientes con la imposición de dicho recargo. THISA participó en las reuniones de 21 de julio de 2008, 13 de octubre de 2008, 28 de octubre de 2008, 12 de noviembre de 2008, 15 de diciembre de 2008, 19 de enero de 2009, 20 de julio de 2009 y 28 de septiembre de 2009, en relación con el acuerdo sobre descuentos máximos, remitiéndosele las plantillas para su cumplimiento,*

constando que facilitó información al respecto (folios 5110 a 5122) y recibió los listados generados en los meses de julio a octubre de 2008, conteniendo información sobre morosidad, identificándose a THISA como Operador 02 en el Programa Gest trec”

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

- Importe básico de la sanción. De cara a fijar el porcentaje o tipo para el cálculo de la sanción, teniendo en cuenta que se trata de una infracción muy grave, el Consejo –junto con los criterios que contempla el artículo 64- decidió aplicar a todas las empresas por igual un 10% sobre volumen de ventas afectado por la infracción, en línea con otros precedentes, dado que su participación en el acuerdo fue la misma.
- Atenuantes y agravantes. No se apreciaron circunstancias atenuantes ni agravantes, excepto para G. VILAR por la naturaleza y calidad de la información y por el momento en que la aportó, previo a la inspección, por lo que se considera merecedora de un atenuante del 10%.
- Límite del 10%. En este caso la multa así calculada resulta inferior al 10% del volumen de negocios total durante el año 2012, de acuerdo con el límite legal máximo que impone el artículo 63.1.c) de la LDC.

En el caso de THISA Y FINTUBO, la determinación de la multa obedecía a los siguientes datos:

	VNMA ponderado por antigüedad de la infracción (€)	Porcentaje (%)	Importe básico sanción (€)	Límite 10%	Multa final
THISA	21.006.505	10	2.100.651	8.205.830	2.100.651

3.2. Criterios expuestos por el Tribunal Supremo.

De acuerdo con los razonamientos jurídicos de la sentencia del Tribunal Supremo que aquí se ejecuta, la determinación de la sanción deberá adecuarse a los criterios expresados en la doctrina del Tribunal Supremo, iniciada mediante sentencia de 29 de enero de 2015¹.

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

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

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

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

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

La infracción que acredita la Resolución de 23 de mayo de 2013 (y confirma el Tribunal Supremo) de la que es responsable THISA y solidariamente FINTUBO, entre otras empresas, es una infracción muy grave (art. 62.4.a) y por tanto podrá ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1.c), esto es, 2012.

Como se ha mencionado, consta en el expediente que el 10 de mayo de 2013, THISA remitió un escrito de contestación en el que señalaba que su volumen de negocio total en 2012 ascendió a 82.058.302,08 € (folio 69255 expte. S/0303/10).

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

El mercado afectado por la conducta es el de venta al por mayor de materiales con los que se procede a la instalación, mantenimiento y reparación de conducciones de agua y

otros fluidos, así como de otros servicios sanitarios, de calefacción y/o refrigeración en edificios en la zona del Levante del territorio nacional y provincias limítrofes.

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

La duración del cartel es desde el 13 de febrero de 2008 hasta el 5 de mayo de 2011.

El ámbito geográfico afectado comprende la Comunidad Autónoma de Valencia y provincias limítrofes. Al igual que la resolución original, en el caso de las empresas de alcance nacional, con diversas delegaciones por todo el territorio (ALMESA y THISA) podría resultar desproporcionado tomar todo su volumen de negocios en España. Para darles un tratamiento ecuánime, se tiene en cuenta el volumen de negocios que realizan desde sus delegaciones en esa región. ALMESA ha proporcionado ese dato (folio 66.949). En el caso de THISA, que no proporciona un dato similar, este volumen se estima teniendo en cuenta el peso que representa la construcción en la Comunidad Valenciana y Murcia respecto a la construcción en España.

La tabla siguiente recoge el volumen de negocios de THISA y FINTUBO en el mercado afectado (VNMA) durante la duración de la infracción que en el caso de THISA y FINTUBO alcanza desde el 16 de junio de 2008 hasta el 1 de marzo de 2010. Asimismo, a efectos de la individualización de las sanciones, se muestra la cuota de participación de THISA y FINTUBO en el mercado afectado por la conducta teniendo en cuenta todas las empresas infractoras.

Empresas infractoras	Volumen de negocios en el mercado afectado (VNMA, €)	Participación en la infracción (% del VNMA)
THISA y FINTUBO	26.693.414	21,3%

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

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

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

Siguiendo la precitada Sentencia del Tribunal Supremo, el conjunto de factores expuestos anteriormente –gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la

conducta, características del mercado, seguimiento de los acuerdos, duración y participación en la conducta de la infractora, no concurrencia de agravantes y atenuantes– permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración global de la densidad antijurídica de la conducta de las empresas.

La utilización del volumen total de ventas de cada empresa como base para la aplicación del tipo sancionador que le corresponde a cada una en función de su conducta, de acuerdo con el artículo 63 de la LDC, exige realizar un último ejercicio de ponderación de la proporcionalidad de la sanción, particularmente en el caso de empresas multiproducto. Para ello se hace necesario realizar una estimación del beneficio ilícito que la entidad infractora podría haber obtenido de la conducta en el mercado afectado, bajo supuestos muy prudentes (que es lo que puede denominarse beneficio ilícito potencial²) al que se aplicará un factor de disuasión.

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

En el caso de THISA se aprecia esta circunstancia pues el volumen medio de negocios en el mercado afectado durante la conducta representa una proporción reducida del volumen de negocios total en el año anterior a la infracción, lo que refleja que se trata de una empresa multiproducto ya que la mayor parte de su actividad se desarrolla fuera del mercado afectado.

En el presente caso, la multa que corresponde imponer a THISA es superior al valor de referencia calculado para ella (resultado de aplicar un factor incremental de disuasión al beneficio ilícito estimado) que se cifra en 1,7 millones de euros. Por tanto, procede reducir el importe de la sanción de THISA hasta ese valor de referencia para que sea proporcionada a la efectiva dimensión de la infracción.

Por otro lado, la multa propuesta no es superior a la impuesta por la resolución original de la CNC, por lo que no procede aplicar la prohibición de *reformatio in peius*.

El Tribunal Supremo, en la sentencia que ahora se ejecuta, examinó la solicitud de THISA y FINTUBO de reducir la sanción como consecuencia de su situación concursal. Señala el Tribunal a este respecto que “*la referencia temporal que obra en las actuaciones en relación al concurso de acreedores de THISA y de FINTUBO data de 2014*” y que “*la incidencia que tal situación pudiera tener en la cuantía de la sanción deberá ser valorada por la Administración, junto a las demás circunstancias concurrentes, en el momento de*

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

realizar la aludida cuantificación (en el caso de que dicha situación realmente subsistiera en ese momento)”.

Según la documentación aportada al expediente, en el momento de dictarse la resolución originaria (23 de mayo de 2013) THISA no se encontraba en situación concursal sino que, por el contrario, informó a la CNC que su volumen de negocio en el ejercicio anterior (2012) había alcanzado los 82.058.302 euros (folio 69255 del expte S/0303/10). El procedimiento concursal 504/2015 se inició en fecha posterior (agosto de 2014) y la apertura de la fase de liquidación es de junio de 2016 (si bien la empresa ha seguido actuando).

La situación es, por tanto, muy diferente a la seguida por otra de las empresas del expediente, GALLEGO VILAR, cuya situación concursal fue declarada en marzo de 2011 (Juzgado de lo Mercantil nº1 de Valencia) y cuya liquidación concursal (auto de 18 de enero de 2012) fue acordada también más de un año anterior a la resolución de 23 de mayo de 2013, no habiendo tenido volumen de ventas en 2012 y únicamente 2.401,86 euros en 2011.

El artículo 64 de la LDC no contempla entre los criterios de graduación la situación financiera de la empresa. En este sentido, la Audiencia Nacional ha señalado en su sentencia de 22 de enero de 2013, en la revisión de expte. S/0226/10, LICITACIONES DE CARRETERAS, que *“La ley no ha previsto que se considere circunstancia atenuante la situación financiera de la empresa ni la situación de crisis económica, como tampoco es circunstancia agravante la buena situación económica de la entidad o general”.*

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

HA RESUELTO

ÚNICO. - Imponer a Tubos y Hierros Industriales, S.A. y solidariamente a su matriz Fintubo, S.A, en ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2018 (recurso 3941/2015) que casa la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de noviembre de 2015 (recurso 302/2013), y en sustitución de la inicialmente impuesta en la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 23 de mayo de 2013 (Expte. S/0303/10, DISTRIBUIDORES DE SANEAMIENTO), la multa de **1.700.000 euros**.

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