



Roj: **SAN 3942/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:3942**

Id Cendoj: **28079230062018100451**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **19/10/2018**

Nº de Recurso: **721/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3942/2018,**
ATS 5918/2019,
STS 743/2020

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000721 /2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 06422/2017

Demandante: SUMINISTROS MARVAL, S.L.

Procurador: DÑA. ROSA MARÍA MARTÍNEZ VIRGILI

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

D. RAFAEL MOLINA YESTE

Madrid, a diecinueve de octubre de dos mil dieciocho.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. 721/2017, promovido por la Procuradora Dña. Rosa María Martínez Virgili, en nombre y en representación de la mercantil **SUMINISTROS MARVAL, S.L.**, contra la resolución dictada en fecha 11 de octubre de 2017 por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente VS/0303/10 (Distribuidores de Saneamiento) en ejecución de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de 26 de julio de 2016 (recurso de casación nº 3811/2015) que casa la sentencia de la



Audiencia Nacional (Sección Sexta) de 2 de noviembre de 2015 (rec. nº 351/2013) dictada como consecuencia del recurso contencioso administrativo que se había interpuesto frente a la resolución de la CNC de 23 de mayo de 2013 dictada en el expediente S/0303/10 en el único extremo de la determinación de la cuantía de la multa. Ha sido parte en autos la Administración demandada representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la ley, se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que entendió oportunos solicitó a la Sala que:

"... dicte sentencia por la que, conestimación del recurso contencioso administrativo interpuesto, declare la nulidad de la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fechas 11 de octubre de 2017, expediente VS 303/2013, sanción por importe de 328.084,00 euros, por ser contraria a derecho, por estimarlo así de justicia".

SEGUNDO. El Abogado del Estado contesta a la demanda mediante escrito en el que suplica se dicte sentencia por la que se desestime el recurso contencioso administrativo interpuesto.

TERCERO. Posteriormente se declararon conclusas las presentes actuaciones y quedaron pendientes para votación y fallo.

CUARTO. Para votación y fallo del presente proceso se señaló para el día 17 de octubre de 2018 designándose ponente a la Ilma. Sra. Magistrada Dña. BERTA SANTILLAN PEDROSA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. En el presente recurso contencioso administrativo la mercantil SUMINISTROS MARVAL, S.L., impugna la resolución dictada en fecha 11 de octubre de 2017 por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente VS/0303/10 (Distribuidores de Saneamiento) en ejecución de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de fecha 26 de julio de 2016 (recurso de casación nº 3811/2015) que casa la sentencia de la Audiencia Nacional (Sección Sexta) de 2 de noviembre de 2015 (rec. nº 351/2013) dictada como consecuencia del recurso contencioso administrativo que se había interpuesto frente a la resolución de la CNC de 23 de mayo de 2013 dictada en el expediente S/0303/10 en el único extremo de la determinación de la cuantía de la multa.

SEGUNDO.- Con el fin de centrar adecuadamente el objeto del presente proceso se destacan los siguientes hechos:

a) El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia dictó en fecha 23 de mayo de 2013 resolución, en el expediente S/0303/10 (Distribuidores de Saneamiento), en la que se acordó:

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

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

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

b) Respecto de la mercantil SUMINISTROS MARVAL, S.L., la anterior resolución de la CNC declara que es responsable de la infracción por su participación en un cártel integrado por distribuidores de productos de saneamiento y fontanería, consistentes en la fijación de condiciones comerciales relativas a precios en el periodo comprendido entre el 13 de febrero de 2008 hasta el 5 de mayo de 2011.

c) Dicha resolución se notificó a la mercantil ahora recurrente quien interpuso recurso contencioso-administrativo. La Audiencia Nacional dictó sentencia en fecha 2 de noviembre de 2015 (rec. nº 351/2013) que se casa por el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 26 de julio de 2016 que estimó el recurso de casación nº 3811/2015 que se había interpuesto y acordó la estimación parcial del recurso en cuanto a la cuantificación de la multa y ordenó que se cuantificase la sanción pecuniaria de acuerdo con la interpretación que de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, había realizado el Tribunal Supremo en su Sentencia de



29 de enero de 2015. Concretamente, el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 29 de enero de 2015, reiterada por numerosas otras posteriores, señala que la metodología para la cuantificación de las sanciones que propugnaba la Comunicación de la CNC de 6 de febrero de 2009, implicaba en un primer momento fijar el importe básico de la sanción sin sujeción a escala alguna, y a esta cifra se aplicaba ulteriormente un coeficiente de ajuste, según las circunstancias agravantes o atenuantes que se apreciaban, y solo en una tercera fase se ajustaba -cuando procedía- la cantidad así obtenida a los límites fijados en el artículo 63 de la LDC, lo que implicaba, según sostenía el Alto Tribunal, en buena parte de los casos, establecer un sesgo al alza de los importes de las multas no adaptado a las exigencias del principio de proporcionalidad, para aplicar ulteriormente sólo a modo de correctivo el porcentaje del 10% del volumen de negocios, sin que dicho método se avenga al artículo 63 de la LDC, que marca los límites para la imposición de las sanciones en cada una de las tres categorías de infracciones, no en cuanto "umbral de nivelación", sino en cuanto cifras máximas de una escala de sanciones pecuniarias en el seno de la cual ha de individualizarse la multa. Y añadía que las referencias que efectuaba el artículo 63 de la LDC a la facturación o volumen de negocios de la empresa infractora han de entenderse hechas al volumen total de negocios, y no al volumen de negocios o facturación en la actividad afectada por la infracción.

d) Y en ejecución de la sentencia firme dictada por el Tribunal Supremo de 26 de julio de 2016, la CNMC ha dictado la resolución que constituye el objeto del presente proceso que sanciona a la mercantil ahora recurrente con multa por importe de 328.384 euros.

TERCERO.- En el escrito de demanda presentado por la mercantil recurrente se cuestiona el importe de la multa así como el método de cuantificación de la misma. Y solicita la nulidad de la multa impuesta pues entiende que la CNMC no ha indicado las razones y motivos que le han llevado a fijar una determinada cuantía, pues sostiene que desconoce los criterios que ha seguido la CNMC para fijar su importe y, además, añade que éste resulta desproporcionado a la vista de lo establecido en los artículos 63 y 64 de la LDC, que entiende infringidos, denunciando así la falta de proporcionalidad de la sanción en atención a las particulares circunstancias del caso.

Por otra parte, invoca defectos formales determinantes de nulidad de la sanción impugnada como son: (a) la cuantía de la nueva sanción de multa se ha fijado en un procedimiento sancionador caducado; (b) se ha vulnerado el principio non bis in ídem y (c) la CNMC ha incumplido el plazo que tenía de dos meses para ejecutar la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en fecha 26 de julio de 2016.

CUARTO.- Esta Sección anticipa la desestimación del recurso contencioso administrativo interpuesto.

La entidad actora sostiene que el procedimiento habría caducado al haberse excedido el plazo máximo para su terminación -dieciocho meses- establecido en la Ley 15/2007, de 3 de julio.

Sobre esta misma cuestión esta Sección ya se ha pronunciado en sentido desestimatorio a las pretensiones de la parte recurrente y por razones de unidad de doctrina y de seguridad jurídica nos remitimos a los fundamentos de derecho de la sentencia dictada en fecha 16 de diciembre de 2016 en el recurso nº 479/2014. En dicha sentencia decíamos:

"No podemos, sin embargo, compartir esta conclusión a la vista del tenor literal del artículo 36.1 de la Ley 15/2007, según el cual "El plazo máximo para dictar y notificar la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador por conductas restrictivas de la competencia será de dieciocho meses a contar desde la fecha del acuerdo de incoación del mismo y su distribución entre las fases de instrucción y resolución se fijará reglamentariamente".

Es decir, el dies ad quem de dicho plazo es el de notificación de la resolución, en este caso el 27 de octubre de 2011. En modo alguno puede computarse a los efectos de duración del procedimiento sancionador, y con relevancia sobre su eventual caducidad, lo actuado después de notificada la resolución que le puso fin. Admitir otra cosa no solo resulta claramente contrario al tenor literal del precepto transcrito, sino que supondría que la posibilidad de declarar la caducidad quedase permanentemente abierta a expensas de la prolongación de trámites posteriores a la notificación de la resolución".

El Tribunal Supremo en la sentencia de 26 de julio de 2016 no ha declarado la caducidad por lo que la interrupción de la prescripción de las infracciones derivada del mismo se mantiene. Y, por tanto, en ningún caso la infracción imputada a la recurrente ni la sanción impuesta a dicha empresa han prescrito, de acuerdo con lo previsto en el art. 68 LDC.

En cuanto a la aplicación analógica al presente caso, de los preceptos contenidos en la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, General tributaria (LGT) y, en concreto, de su artículo 150 (plazo de las actuaciones inspectoras) y la jurisprudencia correspondiente, tal pretensión formulada por la recurrente no puede ser asumida. La LDC contiene una regulación específica de los procedimientos aplicados por la CNMC que se regulan en su Título IV ("De los procedimientos", art. 36 a 60). Específicamente su art. 45 dispone que "los

procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se regirán por lo dispuesto en esta ley y su normativa de desarrollo y, supletoriamente, por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 70 de esta Ley". Y el citado art. 70 establece que el procedimiento para la imposición de las sanciones previstas en la LDC (excepto para las infracciones referidas a las prohibiciones de los artículos 1, 2 y 3) se regirá por las previsiones de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en su normativa de desarrollo. Por ello, no existe ninguna previsión normativa que permita la aplicación analógica o supletoria de la LGT pretendida por el recurrente, teniendo en cuenta, además, que como ya se ha dicho, la CNMC en la resolución impugnada se limita a ejecutar la sentencia del TS de 26 de julio de 2016, de acuerdo con lo previsto en la LJCA, sin retrotraer el procedimiento S/0303/10.

En consecuencia, las alegaciones de SUMINISTROS MARVAL relacionadas con la caducidad del procedimiento sancionador y la prescripción de la potestad sancionadora deben ser desestimadas.

Por otra parte, la recurrente invoca como motivo de nulidad la vulneración del principio de "non bis in ídem". En este sentido sostiene que la CNMC no se ha limitado a una mera ejecución de sentencia sino que ha continuado realizando actuaciones propias de un procedimiento sancionador, como pone de manifiesto el escrito dirigido a MARVAL para recabar información sobre su volumen de negocios. Según la recurrente, la CNMC debía limitarse a volver a cuantificar la sanción ya impuesta, es decir, volver a liquidarla. Y, para ello, y dado que no era posible iniciar un nuevo procedimiento, tenía que liquidar o cuantificar la sanción con los elementos de juicio de que disponía en el momento de dictar la sanción que ha sido anulada, no pudiendo recabar más información. Y esta actuación, según la mercantil recurrente, vulnera el principio non bis in ídem tanto en su vertiente material porque ni se puede sancionar dos veces un mismo hecho, como en su vertiente procedimental porque no se pueden llevar a cabo dos procedimientos sancionadores por el mismo hecho.

Esta Sección no comparte esas afirmaciones. Cabe reiterar que la resolución impugnada no constituye un nuevo ejercicio de la potestad sancionadora de la CNMC referido a MARVAL diferente del aplicado en el previo expediente VS/0303/10 sino, exclusivamente, la ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2016 que ordenaba a la CNMC a realizar un nuevo cálculo de la sanción conforme a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la LDC. Así, la resolución impugnada se limitó a cumplir la sentencia mencionada de conformidad con lo establecido en el artículo 104 de la LJCA, sin que pueda considerarse un incumplimiento del principio non bis in ídem, ya que ni vuelve a sancionar dos veces un mismo hecho (precisamente sustituye la sanción anterior en cumplimiento de la sentencia del Tribunal Supremo que la anuló) ni supone un nuevo procedimiento sancionador sino una mera actuación de ejecución de sentencia.

Por último, la mercantil recurrente considera que la CNMC debía haber dictado resolución de ejecución de sentencia en el plazo de dos meses con arreglo a lo recogido en el artículo 104.2 LJCA. Señala que *"la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2016, dictada en recurso 3811/2015, que estimó la casación interpuesta por la Abogacía del Estado y anuló la Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de noviembre de 2015, en procedimiento ordinario 351/2013, determinó que sí que había infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, pero que la sanción impuesta se había cuantificado incorrectamente, lo que obligaba a dictar una nueva sanción, esta vez cuantificándola con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, fundamentalmente contenida en la Sentencia de 29 de enero de 2015, y desde luego, con criterios de graduación debidamente motivados. La Sentencia del Tribunal Supremo no fijó plazo diferente al establecido en la Ley para su ejecución, lo que significa que, el plazo para ejecutarla era de dos meses, ello con arreglo al artículo 104.2 LJCA".*

La recurrente afirma que, puesto que la firmeza de la STS de 26 de julio de 2016 fue recibida en la CNMC el día 14 de noviembre de 2016, se debía haber procedido a ejecutar dicha sentencia y notificar al interesado antes del 14 de enero de 2017 (dos meses).

Esta afirmación se rechaza igualmente por esta Sección. Pues bien, como afirma la recurrente en su demanda, los procedimientos de ejecución de sentencia se basan en lo establecido en los artículos 103 y siguientes de la Ley 29/1998 (LJCA).

El Capítulo IV del Título IV de la Ley 29/1998 recoge en su artículo 103 la obligación de las partes (en este caso, de esta CNMC) de cumplir las sentencias en la forma y términos que en las mismas se consignan. Pero el Tribunal Supremo en la sentencia que ejecuta la CNMC no fija plazo de cumplimiento alguno. Tampoco lo hace la Ley 29/1998, que se limita a señalar que una vez transcurridos dos meses desde la comunicación de la sentencia, las partes afectadas podrán instar su ejecución forzosa (artículo 104.2), situación que no se ha dado en este expediente, puesto que SUMINISTROS MARVAL podía haber instado su ejecución forzosa y no lo hizo. La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2016 casó la sentencia dictada por la Audiencia Nacional de 2 de noviembre de 2015, considerando que no cabía apreciar la caducidad del expediente y ordenando a la CNMC a realizar un nuevo cálculo de la sanción conforme a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la Ley



15/2007, de 3 de julio. Así el Consejo de la CNMC en su resolución de 11 de octubre de 2017 se limitó a cumplir con lo dispuesto en la sentencia, llevando a puro y debido efecto la sentencia mencionada de conformidad con lo establecido en el artículo 104 de la LJCA.

QUINTO.- Corresponde examinar si la CNMC en la determinación del nuevo importe de la multa en ejecución de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de 26 de julio de 2016 se ha ajustado a las determinaciones referidas por el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 29 de enero de 2015 que supuso la base jurídica de la sentencia dictada posteriormente por el Tribunal Supremo en cuanto determinó la nulidad de la multa impuesta y ordenó que se efectuara un nuevo cálculo atendiendo a los criterios fijados por la aludida sentencia del Tribunal Supremo.

La recurrente afirma que la Resolución de recalcular debe anularse por cuanto ha seguido de nuevo el método establecido la Comunicación de multas de 2009 (Comunicación de la CNC, de 6 de febrero de 2009, sobre la cuantificación de las sanciones). Esto no es aceptable ya que únicamente en el apartado 3.1. de la Resolución de recalcular se hace referencia a la Comunicación, pero para explicar cómo fueron calculadas las multas de la resolución original (Resolución de 23 de mayo de 2013, S/0303/10 Distribuidores de Saneamiento). En el apartado 3.2. de la resolución impugnada se explican los criterios expuestos por el Tribunal Supremo sobre la metodología del cálculo de las sanciones de competencia, y en el apartado 3.3 se realiza el recalcular utilizando la metodología desarrollada en cumplimiento de la STS de 29 de enero de 2015, donde de ninguna forma se utiliza la comunicación de multas de 2009.

La Resolución impugnada especifica que para la determinación de las sanciones se han tenido en cuenta los criterios establecidos en el artículo 64.1 de la Ley 15/2007 de Defensa de la competencia (LDC) para obtener un tipo sancionador que se aplicará sobre el volumen de negocios total de la empresa en el año anterior a la infracción, de acuerdo con lo previsto en el artículo 63 de la LDC. Las citas literales que se recogen a continuación están tomadas de la mencionada Resolución de recalcular, y hacen referencia a los criterios del artículo 64.1 de la LDC:

a) Las características del mercado afectado por la infracción (art. 64.1.a):

"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."

b) El alcance de la infracción (art.64.1.c): *"El ámbito geográfico afectado comprende la Comunidad Autónoma de Valencia y provincias limítrofes."*

c) La duración de la infracción (art. 64.1.d): *"La duración del cartel es desde el 13 de febrero de 2008 hasta el 5 de mayo de 2011 y la participación de MARVAL alcanza a todo el periodo del mismo."*

No es aceptable la duración menor que alega la recurrente (entre el 13 de febrero de 2008 y el 2 de noviembre de 2009), a la luz de la Resolución original de 23 de mayo de 2013, y de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sentencia de 26 de Julio de 2016, rec. 28/2010), que viene a confirmar la duración entre el 13 de febrero de 2008 y 5 de mayo de 2011.

En la resolución sancionadora se exponen con detalle y rigor los distintos elementos probatorios ponderados como el reconocimiento de La CNMC, sobre la base de la previsión del artículo 63.1.c) de la LDC, parte de los criterios interpretativos que, sobre esta cuestión, la de la cuantificación de la multa, proporciona la relevante sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, recurso núm. 2872/2013, criterios que resume la resolución recurrida de cuyo texto podemos destacar lo siguiente:

- *"Los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben individualizarse. Tales límites "constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje".*

- *"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".*



- "Sobre la base de estas premisas, cabe deducir 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 inmediatamente anterior al de dictarse resolución (esto es, 2012).

- "Dentro de dicho arco sancionador, la multa deberá graduarse conforme a los criterios de graduación previstos en el artículo 64 de la LDC".

- "... la sentencia insiste en la necesaria disuasión y proporcionalidad que deben guiar el ejercicio de la potestad sancionadora, junto con la precisa atención a los criterios de graduación antes apuntados (...)"

Entiende la Sala que estas pautas interpretativas son, en efecto, clara consecuencia de la doctrina del Tribunal Supremo, por lo que el problema se remite a determinar si, en aplicación de la misma, la resolución ha podido resultar falta de motivación o incurrir en desproporción.

En cuanto a la motivación insuficiente referida por la recurrente, es lo cierto que aparecen reflejados en su texto bajo la rúbrica *"Criterios para la determinación de la sanción a MARVAL basados en los hechos acreditados en la resolución original (S/0303/10)"*.

La resolución ahora impugnada destaca que en la resolución anterior de 23 de mayo de 2013, y que ha confirmado el Tribunal Supremo, a las empresas infractoras -entre ellas la ahora recurrente- se las ha considerado responsables de una infracción muy grave y, por tanto, podrán ser sancionadas con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa (esto es, 2012). Y en este sentido, la resolución que ahora revisamos destaca el volumen de negocios total de cada una de las empresas infractoras en el año 2012, cuyo 10% ha de operar como techo de la multa, y, a continuación, inicia el procedimiento de determinación del porcentaje sancionador a aplicar partiendo de los criterios de graduación marcados en el artículo 64.1 de la LDC, de conformidad con lo expuesto en la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo acogida por la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de 26 de julio de 2016 que ejecuta la CNMC en la resolución que ahora revisamos.

Y es en este punto también explícita la resolución cuando tiene en cuenta los criterios recogidos en el artículo 64.1 de la LDC para determinar cuál va ser el tipo sancionador que se aplicará sobre el volumen total de negocios de cada una de las empresas sancionadas en el ejercicio 2012 -con el límite citado del 10%- Tipo sancionador que se individualiza respecto de cada una de las empresas infractoras atendiendo en cada caso a los criterios de graduación del importe de la sanción recogidos en el artículo 64.1 de la LDC como son la dimensión y características del mercado afectado por la infracción; la cuota de mercado de las empresas responsables; el alcance de la infracción; la duración de la infracción; el efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción y las circunstancias atenuantes y agravantes que concurran en relación con cada una de las empresas responsables.

Y en este sentido, la resolución de la CNMC que revisamos analiza e individualiza cada uno de los criterios referidos en el artículo 64.1 de la LDC. Así, respecto del mercado afectado y de sus características se especifica en la resolución impugnada que 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. Y se añade que:

"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 venta, proveedores, etc.) así como la creación de una plataforma para el intercambio de información sobre condiciones de pago de clientes. (...). El ámbito geográfico afectado comprende la comunidad Autónoma de Valencia y provincias limítrofes". Asimismo, en la resolución que ahora revisamos se destaca que *"las infractoras establecieron, además, mecanismo 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"*.

Y todo ello -gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado afectado, participación en la conducta de la infractora, no concurrencia de circunstancias agravantes ni 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 las empresas para obtener así un tipo sancionador que se aplicará sobre el volumen de negocios total de la empresa en el año anterior a la imposición de la sanción, de acuerdo con lo previsto en el artículo 63 de la LDC.

Pues bien, en modo alguno puede decirse que la cuantificación de la multa resulte, ni inmotivada -las consideraciones que anteceden demuestran que se apoya en una motivación bastante y, en todo caso,



consecuente con los criterios jurisprudenciales de aplicación-, ni que tampoco sea desproporcionada, pues aplica un tipo sancionador que se sitúa en la media del tipo sancionador máximo; porcentaje que somete después a los ajustes que permiten adecuarlo a las circunstancias particulares de los intervinientes de tal modo que el tipo sancionador del que se parte va decreciendo atendiendo a la menor participación de cada una de las empresas. Tales ajustes obedecen a la participación de cada empresa en el volumen de negocios en el mercado afectado durante la infracción así como la participación de cada una de ellas en la infracción, que deduce la CNMC de los datos proporcionados por las empresas a su requerimiento.

Y una vez tenidos en cuenta los criterios que sirven para valorar la infracción en general, se individualiza la sanción atendiendo a la cuota de participación de cada empresa en la infracción y al volumen de negocios en el mercado afectado durante la infracción (VNMA) de cada una de las empresas que se fija a partir de los datos que aportan las infractoras a requerimiento de la CNMC. Y como los volúmenes de negocios de las empresas imputadas en el mercado afectado durante la conducta muestran la dimensión del mercado afectado por cada una con motivo de la infracción, constituye por eso un criterio de referencia adecuado para la determinación del tipo sancionador que procede imponer a cada empresa, de acuerdo con las previsiones del artículo 64.1, apartados a) y d).

En concreto, en el caso de la mercantil recurrente SUMINISTROS MARVAL, S.L. el volumen de negocios en el mercado afectado fue de 20.199.687 euros, y la correspondiente cuota de participación en la infracción se fijó en el 13,9%, siendo la segunda más elevada de todos los componentes del cártel.

Y, atendiendo a todas esas circunstancias, la resolución impugnada determina finalmente la sanción a imponer a cada una de las personas jurídicas intervinientes en el cártel, para lo cual aplica al volumen de negocios total en 2012 el tipo sancionador que en el caso de la recurrente ha sido del 5,4%, y ello ha determinado una sanción por importe de 328.384 euros.

Al contrario de lo que afirma la recurrente, la resolución no rebaja sin más el tipo sancionador del 10% al 5,4%, sino que utiliza la nueva metodología establecida a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 para determinar un tipo sancionador.

Por tanto, no podemos compartir con la recurrente ni la falta de motivación en la determinación del importe de la sanción ni tampoco su falta de proporcionalidad en su fijación.

E incluso, la CNMC considera que es innecesario realizar ningún ajuste de ponderación de la proporcionalidad de la sanción atendiendo, en su caso, a la estimación del beneficio ilícito que la entidad infractora podría haber obtenido de la conducta en el mercado afectado, ya que la sanción impuesta se encuentra significativamente por debajo de lo que podría considerarse el límite de proporcionalidad según las características de la empresa y la dimensión de la infracción.

Frente a todo ello han de ceder las críticas de falta de motivación o de desproporción de la sanción en las que insiste la recurrente en su demanda al referirse a que la multa impuesta no cumplía con los requisitos de los artículos 63 y 64 de la LDC, tal y como han sido interpretados por la Jurisprudencia.

Como hemos relatado, la resolución recurrida expone razonadamente, con sujeción a los criterios previstos en la ley que toma en consideración, como los ha valorado para proceder a la imposición de la sanción, dando cumplimiento a lo exigido por el Tribunal Supremo. A partir de aquí, como recuerda la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, en el asunto C-194/14 P, AC-Treuhand AG *"a la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa (véase, en este sentido, en particular la sentencia Telefónica y Telefónica de España/Comisión, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, apartado 181)."*

Y en el caso de SUMINISTROS MARVAL, S.L. no parece que pueda afirmarse en ningún caso que la utilización de un tipo sancionador del 5,4%, situado prácticamente en el punto medio del arco sancionador previsto en el artículo 63 de la LDC, sea desproporcionado para una infracción muy grave que podría castigarse con hasta un 10% del volumen total de negocios de la empresa. Igualmente, una sanción de 328.384 euros no parece que pueda considerarse desproporcionada para un volumen de negocios de SUMINISTROS MARVAL, S.L. en el mercado afectado por la infracción de 20.199.687 euros a lo largo de toda la duración de la infracción.

SEXTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, procede imponer las costas a la parte recurrente.

FALLAMOS



Que debemos DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo nº 721/2017, promovido por la Procuradora Dña. Rosa María Martínez Virgili, en nombre y en representación de la mercantil **SUMINISTROS MARVAL, S.L.**, contra la resolución dictada en fecha 11 de octubre de 2017 por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente VS/0303/10 (Distribuidores de Saneamiento) en ejecución de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de 26 de julio de 2016 (recurso de casación nº 3811/2015) que casa la sentencia de la Audiencia Nacional (Sección Sexta) de 2 de noviembre de 2015 (rec. nº 351/2013) dictada como consecuencia del recurso contencioso administrativo que se había interpuesto frente a la resolución de la CNC de 23 de mayo de 2013 dictada en el expediente S/0303/10 en el único extremo de la determinación de la cuantía de la multa y, en consecuencia, se confirma al ser ajustada a derecho.

Se imponen a la mercantil recurrente las costas procesales causadas en esta instancia.

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

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

En Madrid a 22/10/2018 doy fe.