



Roj: **ATS 8476/2017 - ECLI:ES:TS:2017:8476A**

Id Cendoj: **28079130012017201562**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/09/2017**

Nº de Recurso: **2855/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**

Tipo de Resolución: **Auto**

## **AUTO**

En la Villa de Madrid, a 25 de septiembre de 2017

## **HECHOS**

**PRIMERO.**- La Procuradora de los Tribunales doña Consuelo Rodríguez Chacón, en nombre y representación de las mercantiles "MUNTERS SPAIN, S.A.U.", "MUNTERS EUROPE AB", "AB CARLS MUNTERS" y "MUNTERS BELGIUM NV-SA" interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de Mercados y Competencia (CNMC), de 26 de diciembre de 2013, por la que se impuso a la citada entidad una sanción de multa de 319.000 euros. La CNMC considera acreditada la comisión de una infracción muy grave prevista en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) consistente en un acuerdo entre competidores con el objetivo de procurar la adjudicación de licitaciones en términos anticompetitivos.

En su resolución, y en resumen, la CNMC pone de manifiesto que la empresa MUNTERS SPAIN, fabricante de calentadores de aire móviles que también opera en el ámbito de la distribución mayorista y minorista, realizó un acuerdo anticompetitivo con MMM -empresa competidora que comercializa a nivel minorista generadores de aire caliente cuyos componentes básicos adquiere a MUNTERS SPAIN- para lograr la adjudicación del concurso convocado por el Ministerio de Defensa para el suministro de calentadores móviles de tiendas de campaña del Ejército de Tierra, en defecto de otra competidora (que, tras resultar adjudicataria en un primer momento, hubo de retirarse al constar acuerdo de exclusividad de distribución entre MUNTERS SPAIN y MMM a los efectos del concurso convocado).

La autoridad reguladora constata que 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». En la medida en que el acuerdo suscrito entre ambas empresas pretende conseguir el resultado único en la licitación convocada por el Ministerio de Defensa tiene un objeto anticompetitivo que se ha materializado, subraya la resolución administrativa, en la imposibilidad de que una tercera empresa se hiciera con el contrato convocado por el Ministerio de Defensa a pesar de presentar una oferta económicamente más ventajosa y ser la adjudicataria inicial lo que ha comportado, a su vez, una directa lesión a la hacienda pública.

**SEGUNDO.**- El recurso, tramitado con el núm. 78/2014, fue desestimado por sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Sexta), 21 de marzo de 2017, que estima parcialmente el recurso en lo relativo a la cuantificación de la sanción, manteniendo la resolución de la autoridad reguladora en todo lo demás.

La Sala, partiendo de los hechos relatados en la resolución administrativa impugnada, que considera acreditados, rechaza la pretensión de la recurrente de calificar tal acuerdo como un acuerdo vertical exento. La Sala remite a los razonamientos ya expresados en su previa Sentencia de 22 de febrero de 2017 (recurso 99/2014) para sostener que la actora MUNTERS SPAIN y MMM son competidoras porque actúan en el mismo



mercado de referencia; mercado que comprende todos los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles.

Se recuerda en la sentencia que el artículo 1 del Reglamento (EU) 330/2010, de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101. 3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, define acuerdo vertical como aquél suscrito entre dos o más empresas «que operen, a efectos del acuerdo [...] en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios» y que el artículo 2 del mencionado Reglamento declara la no aplicabilidad del artículo 101.1 TFUE a los acuerdos verticales, en la medida en que contengan restricciones verticales, siempre que no se trate de empresas competidoras (con arreglo al artículo 4 del mismo reglamento)

Sin embargo, sostiene la Sala, la propia MUNTERS SPAIN reconoce que interviene en el mercado minorista en competencia con MMM, precisando incluso el porcentaje de dicho canal de venta en relación con otros (por ejemplo, de distribución). La propia actora se ha presentado a procedimientos de licitación para la adjudicación de contratos públicos, y de igual modo ha vendido directamente sus productos a empresas del sector privado. En lo concerniente al mercado de referencia, y contra lo sostenido por la recurrente, manifiesta la Sala, con cita de la Comunicación de la Comisión europea sobre la definición del mercado de referencia, que los productos sí pueden considerarse sustituibles pues la prueba practicada en el proceso evidencia que no sufren transformación alguna y que los accesorios, servicios y garantías establecidos en los pliegos de licitación del Ministerio de Defensa no pueden ser considerados como "requisitos técnicos especiales". Por lo tanto, concluye la Sala, los accesorios introducidos por MMM no alteran ni modifican en su constitución los calentadores, «de manera que el producto es el mismo y, en consecuencia, MUNTERS y MMM son competidoras entre sí y ambas entidades operan en el mismo mercado».

De los anteriores razonamientos concluye la Sala en la imposibilidad de apreciar la existencia de un acuerdo vertical y la eventual exención de responsabilidad por dicha causa, a lo que se une que los hechos probados relativos al concurso de suministro de calentadores de aire ponen de relieve que el acuerdo suscrito entre MMM y MUNTERS SPAIN alteró la adjudicación de la licitación, impidiendo a la empresa más competitiva la formalización de un contrato que ya le había sido adjudicado y para el que su filial belga había proveído inicialmente el suministro de los calentadores.

La Sala estima, en cambio, las pretensiones de la mercantil concernientes a la cuantificación de la sanción, con arreglo a lo previsto en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de enero de 2015, anulando la sanción de multa impuesta y remitiendo las actuaciones a la CNMC para que imponga la multa en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación de los arts. 63 y 63 LDC, interpretados en los términos expuestos por el Tribunal Supremo.

**TERCERO.-** Notificada la sentencia, la representación procesal de las mercantiles recurrentes ha preparado contra la misma recurso de casación, exponiendo en su escrito - elaborado con arreglo a lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley Jurisdiccional- que la sentencia impugnada infringe el artículo 1.4 LDC en relación con el artículo 2.1 del Reglamento (UE) 330/2010, de 20 de abril, relativo a la aplicación del artículo 101.3 TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

En resumen, se reitera la alegación de que las conductas imputadas constituyen un acuerdo vertical de exclusividad en la distribución, resultando aplicable la exención prevista en el apartado 4 del art. 1 LDC. La Sala de instancia, se aduce, ha llegado a diferente conclusión por una aplicación de la normativa de defensa de la competencia -en relación con los conceptos de "competidores" y de "mercado de referencia"- contraria al Derecho europeo. Así, la sentencia impugnada considera que MUNTERS SPAIN y la empresa MMM son competidoras entre sí y operan en el mismo mercado, sin atender a las Directrices de la Comisión Europea sobre acuerdos de cooperación horizontal, según las cuales (párrafo 10) «dos empresas son competidoras reales si operan en el mismo mercado de referencia» definiéndose el mercado de producto de referencia como «la totalidad de productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos» (Comunicación de la Comisión sobre la definición del mercado de referencia). Así, se continúa exponiendo, la sentencia recurrida se limita a afirmar que MUNTERS SPAIN y MMM operan en el mismo mercado porque los accesorios incorporados por esta última no alteran ni modifican la constitución de los calentadores suministrados por la primera, sin tener en cuenta que el producto de MUNTERS SPAIN es de uso civil y el producto final de MMM es de uso militar, por lo que desde la perspectiva del consumidor final no se trata de productos sustituibles.

Por otro lado, se sigue argumentando, la sentencia impugnada considera que el acuerdo de distribución en exclusiva no puede calificarse de acuerdo vertical porque ambas mercantiles operan en el mercado



minorista con carácter general, operando en el mismo plano de la cadena de producción o distribución. Pero tal conclusión resulta contraria a la literalidad del artículo 1.a) del Reglamento 330/2010 que exige que dos o más empresas actúen en planos distintos de producción o distribución «a efectos del acuerdo o la práctica concertada». Y en este caso, se concluye, MUNSTER SPAIN y MMM operan, a efectos del acuerdo de distribución, en planos distintos pues la primera no vende los calentadores de aire móviles a consumidores finales sino que todas sus ventas se realizan a través de distribuidores, siendo la fabricante del producto que la segunda empresa modifica para su comercialización.

Se denuncia asimismo la infracción del principio de tipicidad consagrado en el artículo 25 CE y en el artículo 27.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP); preceptos que impiden sancionar comportamientos no previstos en la normativa aplicable, bien mediante interpretaciones extensivas del mismo o bien mediante la aplicación analógica de los tipos infractores (con cita de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de marzo de 2003). En este caso, sin embargo, no ha quedado probada la concurrencia de los elementos determinantes del tipo infractor imputado a MUNTERS SPAIN ya que la conducta, se insiste, queda amparada en la exención prevista en el artículo 1.4 LDC.

Identificadas así las infracciones, la mercantil aduce, en primer lugar, la concurrencia de la presunción de interés casacional prevista en el apartado a) del artículo 88. 3 LJCA pues, se alega, si bien existe jurisprudencia relativa a la aplicación del artículo 1 LDC «no existe jurisprudencia relevante del Tribunal Supremo dedicada a interpretar las normas de defensa de la competencia nacional en materia de pactos colusorios -concretamente en relación a la exención prevista en el artículo 1.4 LDCA- con arreglo a los criterios y conceptos contenidos en el ordenamiento comunitario». En particular, esta ausencia de jurisprudencia se referiría a los concretos criterios que deben aplicarse para verificar la existencia de una relación de competencia entre dos empresas a la luz de las Directrices de la Comisión Europea sobre acuerdos horizontales y la Comunicación de la Comisión sobre definición del mercado de referencia. Se trata de determinar cuándo un acuerdo de distribución en exclusiva puede calificarse de acuerdo vertical exento y cuándo como un pacto prohibido, así como las concretas circunstancias que determinan que dos empresas se encuentren en planos distintos de la cadena de producción o distribución.

Invoca asimismo la recurrente la concurrencia de la presunción de interés objetivo casacional del apartado d) del artículo 88. 3 LJCA «por cuanto la sentencia recurrida resuelve un recurso contra un acto de la CNMC; esto es, de un organismo regulador estatal, cuyo enjuiciamiento corresponde a la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional». Añade en este punto que la mencionada presunción debe ser acogida en línea con el principio de efectividad del derecho de la Unión Europea (en materia de defensa de la competencia).

En tercer lugar se aduce en el escrito de preparación la concurrencia del supuesto de interés objetivo casacional previsto en el apartado c) del artículo 88. 2 LJCA, pues lo acordado en la sentencia impugnada puede afectar a un gran número de situaciones. Al no existir jurisprudencia sobre cuestiones tan relevantes del derecho de la competencia, se alega, resulta evidente que un pronunciamiento de este Tribunal sobre la calificación como acuerdo vertical exento (o no) de determinados acuerdos de distribución en exclusiva tiene una repercusión general de indudable trascendencia legal y económica.

**CUARTO.-** La Sala de instancia tuvo por preparado el recurso por auto de 24 de mayo de 2017, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia dentro del plazo de treinta días ante esta Sala, así como la remisión de los autos originales y del expediente administrativo. Mediante oficio de 12 de julio de 2017 la Sala de lo Contencioso- administrativo de la Audiencia Nacional remite copia del auto de 30 de junio de 2017 dictado por la misma Sala en el que se acuerda suplir la omisión padecida en el auto que tuvo por preparado el recurso de casación, incluyendo al resto de entidades representadas por la procuradora.

La parte recurrente, en la indicada representación procesal y dirección letrada, se ha personado ante este Tribunal Supremo en tiempo y forma mediante escrito presentado el 20 de junio de 2017. Se ha personado asimismo, en calidad de recurrido, el Abogado del Estado sin formular oposición a la admisión del recurso.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde, Magistrado de la Sala

## RAZONAMIENTOS JURIDICOS

**PRIMERO.-** Con carácter previo al análisis del interés casacional que pudiera plantear la cuestión suscitada, cabe señalar que el escrito de preparación cumple con los requisitos exigidos por el artículo 89.2 LJCA por lo que concierne a la denunciada infracción del artículo 1.4 LDC en relación con el artículo 2.1 del Reglamento (UE) 330/2010 sobre aplicación del artículo 101. 3 TFUE a determinados acuerdos y prácticas concertadas, por lo que nada puede oponerse a la admisibilidad del recurso desde este punto de vista. A conclusión contraria ha de llegarse, sin embargo, respecto de la invocada infracción del artículo 25 CE y del artículo 27.1 LRJSP



pues el escrito de preparación no contiene alusión alguna al interés objetivo casacional de la cuestión jurídica que pudiera plantear tal infracción.

**SEGUNDO.-** Comprobada, pues, la ausencia de impedimentos formales para la admisión del recurso de casación con arreglo a lo determinado en el razonamiento anterior, procede determinar ahora si la cuestión litigiosa reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

Como resulta de los antecedentes de esta resolución el debate promovido en la instancia se proyecta sobre la conformidad a derecho de la sanción impuesta por la CNMC y confirmada (excepto en lo atinente a su cuantía) por la sentencia que se impugna. En particular, considera la Sala de instancia que ha quedado acreditado el carácter anticompetitivo del acuerdo de distribución en exclusiva suscrito entre MMM y la recurrente MUNTERS SPAIN (y otras) al considerar que esta práctica no puede calificarse como un acuerdo vertical exento al amparo de lo previsto en los artículos 2 y 4.a) del Reglamento (UE) 330/2010 sobre aplicación del artículo 101. 3 TFUE a determinados acuerdos y prácticas concertadas. Por el contrario, la parte recurrente, aduciendo la infracción de los citados artículos -y la del principio de tipicidad-, pretende la inclusión de la conducta sancionada en el ámbito de exención prevista en los citados preceptos, con reflejo en la exención prevista en el artículo 1. 4 LDC.

**TERCERO.-** Planteada en estos términos la controversia, no es posible obviar que, tal como se expone en el escrito de preparación, concurre en este caso la presunción de interés objetivo casacional prevista en el artículo **88.3 d)** LJCA, puesto que la resolución impugnada resuelve un recurso «contra actos o disposiciones de los organismos reguladores o de supervisión o de agencias estatales cuyo enjuiciamiento corresponde la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional» .

La presunción del citado artículo **88.3 d)** LJCA no es, sin embargo, absoluta. El propio precepto, en su apartado final, prevé la posibilidad de inadmitir el recurso por auto motivado cuando este Tribunal Supremo «aprecie que el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia». Tal como apuntamos en el auto de 10 de abril de 2017 (RCA 225/2017) por tal «asunto» ha de entenderse no tanto el tema litigioso de la instancia, globalmente considerado, sino el que la propia parte recurrente plantea en su escrito de preparación, pues es a éste al que se refiere al fin y al cabo el juicio sobre el interés casacional que justifica la admisión del recurso. Asimismo, la inclusión del adverbio «manifiestamente» implica que la carencia de interés ha de ser claramente apreciable sin necesidad de complejos razonamientos o profundos estudios del tema. Y en esta línea hemos manifestado que, en estos casos, «el recurso podría ser inadmitido mediante auto [...] si se pretende anudar el interés casacional a infracciones normativas circunscritas a las concretas vicisitudes del caso litigioso sin trascender a cuestiones dotadas de un mayor contenido de generalidad o con posible proyección a otros litigios (en el mismo sentido, ATS de 6 de marzo de 2017, rec.150/2016)» (auto de 10 de abril, RCA 227/2017).

Pues bien, aplicando estos criterios al caso que nos ocupa, hemos de concluir que el asunto planteado en el escrito de preparación y la cuestión jurídica que se suscita, tal como se desprende del resumen de los hechos y del razonamiento jurídico anterior, se circunscriben al tema de fondo debatido en el litigio -en particular, a si el acuerdo de distribución en exclusiva suscrito entre la recurrente MUNTERS SPAIN y la empresa MMM puede ampararse en la exención prevista para los acuerdos verticales en los arts. 2 y 4 a) del citado Reglamento comunitario- y por ello el recurso debe tildarse de manifiestamente carente de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

En efecto, la cuestión sustantiva que plantea se ciñe a los aspectos más casuísticos del litigio, sin superar este limitado marco, ni suscitar problemas hermenéuticos extrapolables a otros casos. Se trata, en concreto, de una cuestión que, en realidad, se reduce a la valoración de la prueba efectuada por la Sala de instancia que, partiendo de la premisa de que ambas mercantiles son competidoras en el mercado de comercio minorista de determinados aparatos siendo estos productos sustituibles, considera que no concurren las circunstancias que permitan aplicar la exención prevista en el artículo 2.1 en relación con el artículo 4. a) del Reglamento (UE) 330/2010.

Ciertamente, la parte invoca, asimismo, la presunción de interés casacional objetivo prevista en el art. 88.3.a) LJCA, que establece que se presumirá que existe interés casacional objetivo «cuando en la resolución impugnada se hayan aplicado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia» . Pero tampoco concurre el presupuesto para que esta presunción resulte operativa pues, ciertamente, lo único que pretende la actora, y así lo alega, es un pronunciamiento sobre su caso específico, sobre si el concreto acuerdo de distribución en exclusiva tienen o no un carácter anticompetitivo, sosteniendo que no existe jurisprudencia sobre cómo haya de interpretarse la normativa nacional de defensa de la competencia en estos casos con arreglo a los criterios y principios del ordenamiento comunitario.

Sin embargo, tanto la resolución administrativa como la sentencia impugnada tienen en cuenta las Directrices de la Comisión europea sobre acuerdos horizontales y la Comunicación de la Comisión sobre la definición





del mercado relevante, en orden a determinar si ambas empresas son competidoras, si actúan en el mismo mercado de referencia o si se encuentran en iguales o distintos planos de la cadena de producción o distribución. Lo que ha estado realmente en juego en el pleito de instancia, y también lo está en el recurso de casación, no es la indagación de la hermenéutica de los preceptos que cita como infringidos, sino su aplicación al caso concreto: esto es, si su conducta puede o no subsumirse en los supuestos de exención contemplados en el Reglamento (UE) 330/2010. No se pretende el ejercicio de la función nomofiláctica y unificadora (propia de este nuevo recurso de casación) respecto de los preceptos que se denuncian como infringidos, sino un pronunciamiento concreto sobre la cuestión de fondo del pleito en un sentido diferente al acordado por la Sala de instancia. Es por ello que, limitándose las alegaciones en este punto a lo que se ha expuesto, la invocación del artículo 88.3.a) LJCA tampoco puede sostener el interés casacional del presente recurso, pues este supuesto se refiere a normas que hayan sido determinantes del fallo y sobre las que no exista jurisprudencia, cuando en este caso, insistimos, lo único que se pretende es una interpretación *ad casum* del artículo 1.4 LDC en relación con el artículo 2 del Reglamento comunitario tan citado.

Por otro lado, por lo que concierne al supuesto consignado en el artículo 88.2.c) LJCA, también invocado por la parte, hemos precisado ya que la afección a un gran número de situaciones por la doctrina de la sentencia que se combate, puesta en relación con el deber especial que incumbe al recurrente de fundamentar con singular referencia al caso que concurre interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia [ artículo 89.2.f) LJCA], exige al recurrente que, salvo en los supuestos notorios, en el escrito de preparación (i) haga explícita esa afección, exteriorizando en un sucinto pero ineludible análisis la previsible influencia de la doctrina en otros muchos supuestos, (ii) sin que sean suficientes las meras referencias genéricas y abstractas, que presupongan sin más tal afección, (iii) ni tampoco baste la afirmación de que se produce por tratarse de la interpretación de una norma jurídica, cuya aplicación a un número indeterminado de situaciones forma parte de su naturaleza intrínseca (auto de 15 de marzo de 2017, recurso nº 93/2017).

Resulta evidente que no se lleva a cabo ese tipo de argumentación pues, como ya se ha expuesto al inicio de esa resolución, lo que argumenta en ese punto la mercantil recurrente -de forma claramente insuficiente- es que al no existir jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre estas cuestiones tan relevantes del derecho de la competencia, el pronunciamiento que se dicte al respecto tendrá una repercusión general de indudable trascendencia legal y económica, afectando a todas las resoluciones que dicte la CNMC en relación con "acuerdos verticales". No concurre, por tanto, el supuesto previsto en el art. 88.2.c) LJCA.

En definitiva, el litigio presenta un cariz marcadamente casuístico, al estar ligado a la apreciación de los datos fácticos concurrentes en el caso individualmente considerado, por lo que el debate que subyace realmente sobre la inclusión o no de un determinado acuerdo en el ámbito de las exenciones previstas por el Reglamento (UE) 330/2010 carece manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

**CUARTO.-** Procede, por tanto, declarar la inadmisión del recurso y, de conformidad con lo previsto en el artículo 139.1, párrafo primero de la Ley de esta Jurisdicción, la inadmisión debe comportar la imposición de las costas a la parte recurrente. La Sala considera procedente en este supuesto limitar hasta una cifra máxima de mil euros la cantidad que, por todos los conceptos, la condenada al pago de las costas ha de satisfacer al Abogado del Estado por su personación en el recurso.

Por lo expuesto,

La Sección de Admisión

**acuerda:**

Declarar la inadmisión del recurso de casación nº 2855/2017 preparado por la representación procesal de "MUNTERS SPAIN, S.A.U.", "MUNTERS EUROPE AB", "AB CARLS MUNTERS" y "MUNTERS BELGIUM NV-SA" contra la sentencia de 21 de marzo de 2017, dictada por la Sala de lo **Contencioso-Administrativo** de la Audiencia Nacional, Sección Sexta en el procedimiento ordinario núm. 78/2014, con imposición de costas a la parte recurrente en los términos señalados en el último fundamento jurídico de la presente resolución.

Publíquese este auto en la página web del Tribunal Supremo.

Así lo acuerdan y firman. D. Luis María Díez-Picazo Giménez D. Segundo Menéndez Pérez D<sup>a</sup>. Celsa Pico Lorenzo D. Emilio Frias Ponce D. Diego Córdoba Castroverde D. José Juan Suay Rincón D<sup>a</sup>. Inés Huerta Garicano