



Roj: **SAN 3906/2015** - ECLI: **ES:AN:2015:3906**

Id Cendoj: **28079230062015100334**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **02/11/2015**

Nº de Recurso: **336/2013**

Nº de Resolución: **68/2015**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3906/2015,**
STS 4247/2016

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000336 / 2013

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03162/2013

Demandante: **DISTRIBUIDORES** TÉCNICOS CONCESIONARIOS S.A

Procurador: MÓNICA FENTE DELGADO

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. Berta Santillan Pedrosa

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. JAVIER EUGENIO LÓPEZ CANDELA

Madrid, a dos de noviembre de dos mil quince.

En la Villa de Madrid, a dos de noviembre de dos mil quince.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 336/13 promovido por el Procurador de los Tribunales D^a. Mónica Fente Delgado, actuando en nombre y representación de "**Distribuidores** Técnicos Concesionarios SA", contra la resolución de 23 de mayo de 2013, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNMC), por la cual se le impuso una sanción de multa de 359.565 euros por la comisión de una infracción única y continuada del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia ;



habiendo sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dictase Sentencia anulando la resolución recurrida.

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

TERCERO .- Habiendo quedado el recurso pendiente de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 7 de julio de 2015, teniendo así lugar.

CUARTO .- Mediante Providencia de 28 de julio de 2015 se acordó oír a las partes por término común de diez días sobre la incidencia que, a efectos de la eventual caducidad del recurso, pudiera tener la sentencia dictada por el Tribunal Supremo con fecha 15 de junio de 2015, recurso de casación 3454/2013, dejando entre tanto en suspenso el plazo para dictar sentencia. Presentadas las alegaciones que obran en autos, se volvió a deliberar el asunto los días 14 y 28 de octubre de 2015.

Siendo ponente el Ilmo. Sr. D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- A través de este proceso impugna la entidad actora la resolución dictada con fecha 23 de mayo de 2013 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente SAN/260/13 cuya parte dispositiva era del tenor literal siguiente:

*"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 ... " **Distribuidores** Técnicos Concesionarios SA",*

TERCERO. Imponer a las referidas empresas como autoras de la conducta infractora las siguientes multas sancionadoras: (...)

*Trescientos cincuenta y nueve mil quinientos sesenta y cinco euros (359.565 €) a " **Distribuidores** Técnicos Concesionarios SA".*

Los hechos que precedieron a este acuerdo y que resultan de trascendencia en este concreto procedimiento pueden resumirse, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, del modo que sigue:

1) Con fecha 16 de octubre de 2009 la ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS INSTALADORES DE FONTANERÍA, INSTALACIONES TÉRMICAS, GASES Y DEMÁS FLUIDOS DE LA COMUNIDAD VALENCIANA (ASEIF) presentó denuncia ante el Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad Valenciana por supuestas conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia llevadas a cabo por varias empresas distribuidoras de materiales de **saneamiento** y fontanería, entre las que se encontraba la ahora recurrente, y consistentes en la concertación de las condiciones comerciales relativas a la financiación de operaciones con pago aplazado.

2) Tras las actuaciones que refleja el expediente, por resolución de 16 de septiembre de 2010 el Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad Valenciana resolvió archivar el expediente SAN/08/2009, incoado con ocasión de la referida denuncia, por entender que no era competente para su resolución, remitiendo las actuaciones a la Comisión Nacional de la Competencia.

3) Recibidas éstas, la Dirección de Investigación inició una información reservada bajo el número S/0303/10 en la que se practicaron diversas actuaciones. Concluido dicho trámite, con fecha 10 de junio de 2011 dispuso la incoación de expediente sancionador en los términos previstos en el artículo 49.1 de la Ley 15/2007 y frente a las empresas que relacionaba en el mismo acuerdo, entre ellas "**Distribuidores** Técnicos Concesionarios SA".

4) El 17 de noviembre de 2011 la Dirección de Investigación acordó la suspensión del plazo máximo de resolución del procedimiento en aplicación de lo establecido en el artículo 37.1.d) de la Ley (folio 14.483) al



haberse interpuesto recurso ante el Consejo contra el acuerdo de la misma Dirección de 24 de octubre anterior, sobre confidencialidad de determinada documentación. Acuerdo que fue oportunamente notificado (folios 14.484 y siguientes). Dicha suspensión se alzó con efectos de 4 de febrero de 2012, una vez resuelto por el Consejo el referido recurso.

5) Asimismo, con fecha 5 de julio de 2012 la Dirección de Investigación acordó una nueva suspensión con igual fundamento por haberse presentado ante el Consejo recurso contra su decisión de denegar el inicio de actuaciones tendentes a la terminación convencional que había sido solicitada por una de las empresas expedientadas. Dicho acuerdo de suspensión fue notificado a los interesados tal y como consta a los folios 66.998 y siguientes del expediente.

6) El 25 de septiembre de 2012 la Dirección de Investigación resolvió la reanudación del cómputo del plazo máximo para resolver el procedimiento, indicándose en el mismo acuerdo que dicho plazo terminaba el 16 de mayo de 2013 (folio 67.275 y notificaciones 67.276 y siguientes).

7) El 21 de noviembre de 2012 recayó propuesta de resolución en la cual se acordaba además dar traslado a las partes afectadas a fin de que formularsen las alegaciones que tuvieran por conveniente conforme a lo establecido en el artículo 50.5 de la Ley 15/2007 .

8) Mediante acuerdo del Consejo de 29 de abril de 2013 se requirió a las empresas afectadas para que, en el plazo de cinco días, aportasen determinada documentación, suspendiendo el plazo máximo para resolver "hasta que se aporte la información requerida o, en su caso, transcurra el término concedido para su aportación" (folios 68.975 y siguientes).

9) Con fecha 20 de mayo de 2013 y efectos de 18 de mayo anterior el Consejo levantó la suspensión del procedimiento acordada (folios 69.262 y siguientes).

10) Finalmente, el 23 de mayo de 2013 se dictó la resolución aquí recurrida y cuya parte dispositiva hemos transcrito antes, resolución que consideró que la participación de "**Distribuidores** Técnicos Concesionarios SA", en la conducta está plenamente acreditada sin que diera en ningún momento muestras de separación efectiva del acuerdo.

SEGUNDO .- Razones de sistemática procesal exigen abordar, de entre los distintos motivos de impugnación esgrimidos por la entidad recurrente, el relativo a la caducidad del procedimiento al haber transcurrido más de dieciocho meses desde que se inició y hasta que se notificó la resolución que le puso fin.

Dispone el artículo 36.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio , que *"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"*.

Y añade en su artículo 37.1 que: *"El transcurso de los plazos máximos previstos legalmente para resolver un procedimiento se podrá suspender, mediante resolución motivada, en los siguientes casos: a.- Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias, la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios. (...)*

d.- Cuando se interponga el recurso administrativo previsto en el artículo 47 o se interponga recurso contencioso-administrativo".

Por su parte, el artículo 38.1 prevé que *"El transcurso del plazo máximo de dieciocho meses establecido en el apartado primero del artículo 36 para resolver el procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas determinará la caducidad del procedimiento"*. Y, en análogo sentido, señala el artículo 28.4 del Reglamento de Defensa de la Competencia , aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, que *"El plazo de instrucción del expediente será de doce meses a contar desde la fecha del acuerdo de incoación. El transcurso del plazo máximo de dieciocho meses desde la fecha del acuerdo de incoación del procedimiento sancionador sin que se hubiera resuelto el procedimiento determinará la caducidad del mismo de acuerdo con lo establecido en el apartado 1 del artículo 38 de la Ley 15/2007, de 3 de julio "*.

La alegación de caducidad se acompaña además en este caso de una referencia a las fechas concretas que han de tomarse para fijar el día inicial y final del cómputo al objeto de determinar si, en efecto, transcurrieron en exceso los dieciocho meses previstos.

Es evidente, en cualquier caso, que el *dies a quo* no es otro que el de incoación del expediente, aquí el 10 de junio de 2011 (folios 6.133 y siguientes), y el *dies ad quem* el de notificación de la resolución sancionadora, en el presente supuesto, y como reconoce de manera expresa la demandante en su escrito de interposición del recurso contencioso- administrativo que dio origen a este procedimiento, el 27 de mayo de 2013.



Resulta incuestionable entonces que entre una y otra fecha transcurrieron más de dieciocho meses; pero lo es también que el plazo para resolver quedó interrumpido al concurrir las circunstancias que, con ese efecto, prevé la Ley.

Así consta, como se ha destacado en el relato de antecedentes, que por acuerdo de 17 de noviembre de 2011 (folio 14.483), notificado a los interesados el 18 de noviembre (folios 14.484 y siguientes), se suspendió el cómputo del plazo máximo para resolver al haberse interpuesto recurso por **SANEAMIENTO MARTÍNEZ, S.L.**, contra el acuerdo de la Dirección de Investigación de 24 de octubre de 2011 por el que se denegaba parcialmente la confidencialidad de determinada documentación, suspensión que se amparaba en la potestad prevista en el artículo 37.1.d) de la misma Ley y que había de prolongarse hasta el día siguiente a la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia que se pronunciase sobre dicho recurso, lo que tuvo lugar el 3 de febrero de 2012. Como se ponía de manifiesto en la resolución de la Directora de Investigación dictada el 7 de febrero, *"De conformidad con el artículo 12.2 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, se entiende reanudado el cómputo del plazo máximo para resolver el procedimiento desde el día siguiente al de la mencionada Resolución, siendo la nueva fecha del plazo máximo para resolver el 27 de febrero de 2013"*. Por tanto, el plazo máximo de resolución estuvo suspendido 78 días.

Con igual motivación, es decir, por haberse interpuesto recurso contra una decisión de la Dirección de Investigación, en este caso la de denegar el inicio de actuaciones tendentes a la terminación convencional que había sido solicitada por una de las empresas expedientadas, y con fundamento también en el artículo 37.1.d), se suspendió de nuevo el plazo mediante acuerdo de 5 de julio de 2012, que fue notificado con esa misma fecha a los interesados tal y como consta a los folios 66.998 y siguientes del expediente. El 25 de septiembre de 2012 la Dirección acordó, con efectos de 21 de septiembre, la reanudación del cómputo del plazo máximo para resolver el procedimiento, indicándose en el mismo acuerdo que dicho plazo terminaba el 16 de mayo de 2013 (folio 67.275 y notificaciones 67.276 y siguientes). En este caso la suspensión se prolongó entonces por un total de 78 días.

Finalmente, y por acuerdo de 29 de abril de 2013 (folio 68.975 a 69.040), se decidió una nueva suspensión al requerirse a las empresas afectadas la aportación, en plazo de cinco días, de determinada documentación, suspensión amparada esta vez en lo establecido en el artículo 37.1.a), y que se alzó mediante acuerdo de 20 de mayo de 2013 con efectos del día 18 anterior. El acuerdo de suspensión consta notificado a las empresas afectadas en distintas fechas que reflejan los correspondientes acuses de recibo, folios 69.052.1 y siguientes.

Sobre esta última suspensión han de hacerse, antes de realizar el cómputo del tiempo en que el plazo máximo para resolver el procedimiento ha permanecido suspendido, algunas consideraciones.

La comprobación en el expediente administrativo de los acuses de recibo relativos a la citada resolución de 29 de abril de 2013 pone de manifiesto que las notificaciones se hicieron a las distintas empresas en diferentes fechas, desde el 30 de abril de 2013 las primeras hasta el 10 de mayo siguiente las últimas, en concreto las realizadas a **SANEAMIENTO Y SUMINISTROS, S.A.** (folio 69.151.1.1), y a **SUMINISTROS TUBOGRIF, S.L.** (folio 69.200.2.1).

Quiere ello decir que el período de suspensión finalizaba una vez transcurrido el plazo de cinco días concedido para cumplir el requerimiento de aportación de la documentación interesada pues, conforme a lo dispuesto en el artículo 12.1 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, *"En caso de suspensión del plazo máximo, el órgano competente de la Comisión Nacional de la Competencia deberá adoptar un acuerdo en el que se señale la causa de la suspensión, de acuerdo con lo previsto en el artículo 37 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, entendiéndose suspendido el cómputo del plazo: a) En los supuestos previstos en el artículo 37.1.a) y b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o, en su defecto, durante el plazo concedido"*. Este plazo concluía en el supuesto de autos a los cinco días de la última notificación -practicada el 10 de mayo de 2013-, teniendo en cuenta dos importantes precisiones:

a) Que en su cómputo han de considerarse los días naturales como de manera expresa dispone el citado artículo 12 del Real Decreto 261/2008 en su apartado 3. Practicada la última notificación, insistimos, el 10 de mayo, los cinco días concluirían el día 15, que sería el último para aportar la documentación requerida, de tal suerte que el 16 habría de alzarse la suspensión conforme a lo prevenido en el transcrito artículo 12.1.a) del Real Decreto 261/2008.

b) Que el cómputo no puede hacerse individualmente, esto es, atendiendo a la notificación realizada a cada empresa, sino de manera conjunta. Así lo ha declarado el Tribunal Supremo en reciente sentencia de 22 de junio de 2015 (recurso casación 2012/2013), que confirma el criterio mantenido por sentencia de esta misma Sección de 8 de abril de 2013, en la cual manifestábamos lo siguiente: *"Resulta en consecuencia que, a juicio*



de esta Sala, el periodo por el que se acuerda la suspensión alcanza, en su caso, a la finalización del periodo que se conceda para formular alegaciones a los interesados, cuando, como es el caso, se ha acordado la realización de actuaciones complementarias. Y el hecho de que unos las realicen y otros no, o que cada uno disponga de un periodo (por solicitarse por algunos y concederle la CNC la ampliación del plazo), no autoriza a considerar que, en el marco de un único expediente, la duración de este deberá computarse individualizadamente. Siendo único el expediente, si la CNC acuerda la suspensión, esta afecta a todos los expedientados y cuando acuerda el levantamiento, este igualmente afecta a todos. Por otra parte, y en contra de la alegado por la recurrente, no se trata de que la suspensión del plazo máximo se haya extendido al periodo de valoración del resultado de las pruebas y actuaciones complementarias practicadas, sino que, como se ha visto, se trata de dar a las partes la posibilidad de formular alegaciones, siendo conforme a derecho que el levantamiento se acuerde una vez finalizado el periodo para formular las referidas alegaciones. Esta conclusión encuentra por otra parte su fundamento en el principio de seguridad jurídica". El Tribunal Supremo razona como sigue: "Se aduce por la parte recurrente la vulneración de dicho precepto de la Ley de Defensa de la Competencia en relación con lo dispuesto en el artículo 12.1.b) del Reglamento de la Ley, por cuanto la sentencia considera que el período de suspensión abarca no sólo lo relacionado con la práctica de la prueba, sino también, todo el tiempo en el que se desarrollaron las alegaciones sobre su valoración. La Comisión Nacional de la Competencia incluyó dentro de la suspensión el tiempo concedido para que las partes formularan alegaciones, en contra de lo dispuesto en el artículo 21.1.b) del Reglamento de Defensa de la Competencia, que determina que el cómputo del plazo debe entenderse suspendido "durante el tiempo necesario para la incorporación de los resultados de las pruebas o de actuaciones complementarias al expediente". Pues bien, este mismo planteamiento sobre el período de la suspensión ha sido abordado por esta Sala Tercera en la Sentencia de 3 de febrero de 2015 (RC. 3854/2013) en la que rechazamos el motivo de casación sustentado en las mismas razones que ahora sustentan la impugnación. Razonamos en nuestro pronunciamiento lo siguiente: "Así, hemos dicho ya en ocasiones anteriores que el citado plazo de interrupción se mantiene hasta que finaliza el incidente sobre la práctica de las pruebas, tal como determina el apartado 2 del precepto reglamentario invocado al que se refiere también la parte, pues el incidente probatorio incluye la incorporación al expediente de las alegaciones de las partes. Además de ser una interpretación acorde con los términos de los dos apartados mencionados del artículo 12 del Reglamento de Defensa de la Competencia, la misma evita que el plazo de caducidad resulte diferente para cada recurrente con ocasión de tales trámites, lo que resulta más acorde con el hecho de que se trate un único expediente, aunque en determinadas circunstancias pueda no mantenerse tal identidad del plazo de caducidad para todos los afectados." Con arreglo a nuestro criterio jurisprudencial, procede desestimar el motivo, por cuanto la Sala no infringió el precepto invocado al incluir en el plazo de suspensión el tiempo correspondiente a la incorporación de las alegaciones de las partes relativas a la valoración probatoria".

En consecuencia, ha de considerarse que el plazo para resolver ha estado suspendido durante tres períodos de 78, 78 y 15 días respectivamente, totalizando 171 días.

TERCERO .- Fijado, conforme a lo expuesto, el tiempo total de suspensión, el día final del plazo habría de determinarse "añadiendo al término del plazo inicial, los días naturales durante los que ha quedado suspendido el plazo", tal y como previene el apartado 3 del artículo 12 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero.

Sin embargo, en esta determinación entendemos que tiene una incidencia del todo relevante a los efectos ahora discutidos, es decir, para decidir si el procedimiento había o no caducado cuando se notificó la resolución que le puso fin, el criterio seguido por el Tribunal Supremo en sentencia dictada con fecha 15 de junio de 2015, recurso núm. 3454/2013, que casa y anula la de esta Sección de fecha 31 de julio de 2013. Razona el Tribunal Supremo en el fundamento de derecho sexto de dicha sentencia lo siguiente:

"No se discute en el motivo que el plazo inicial de caducidad de los expedientes sancionadores en la normativa de competencia es el de 18 meses (artículo 36.1 de la Ley de Defensa de la Competencia 15/2007) y que el día inicial (dies a quo) de este plazo es aquel en que se hubiera acordado la incoación del procedimiento, fecha que en el caso de autos coincide con el 16 de junio de 2008. Tampoco se discute en casación la aplicación del artículo 12 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, sobre el cómputo de los plazos máximos de los procedimientos en casos de suspensión a tenor del cual el órgano competente de la Comisión deberá adoptar un acuerdo en el que se señale la casa de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 15/2007, de 3 de julio. Y de lo dispuesto en el tercero de los apartados del señalado precepto, para la determinación del día final del plazo en los supuestos de suspensión.

La controversia se centra en una cuestión muy precisa, que es la forma de cálculo del plazo a tenor de lo dispuesto en el artículo 12 del Real Decreto 261/2008, y la aplicación del artículo 48 de la ley 30/1992.

Partimos, pues, de los datos procesales pacíficos de que el plazo de caducidad de 18 meses comenzó a correr el 16 de junio de 2008, con la incoación del procedimiento sancionador, de manera que el término del plazo



inicial, era el día 16 de diciembre de 2009. Se acepta que dicho plazo fue suspendido por acuerdo de la Comisión Nacional de la Competencia de 25 de Noviembre de 2009, por la razón de la necesidad de practicar cierta prueba y que esa suspensión fue alzada por nuevo acuerdo de la Comisión de 30 de diciembre de 2009, esto es, una vez excedido el término del plazo inicial, que, recordemos, se fijó en el 16 de diciembre. Es también aceptado por las partes y así se deduce de los anteriores hitos procesales, que el tiempo que media entre el día de la suspensión, acordada entre el 25 de noviembre hasta el momento de la reanudación, el 30 de diciembre de 2009, es el de 35 días naturales.

Pues bien, la cuestión litigiosa se refiere en exclusiva a la determinación del dies ad quem o día final del plazo de caducidad.

Para determinar este día final, debemos acudir a las previsiones específicas del artículo 12 del Real Decreto 261/2008, que dispone con total claridad: << en los casos de suspensión del plazo, el día final del plazo de determinar añadiendo al término del plazo inicial, los días naturales durante los que ha quedado suspendido el plazo >>.

Así pues, con arreglo a los antecedentes procesales expuestos, el día final del plazo debe calcularse sumando el tiempo de suspensión (en días naturales) al término del plazo inicial, correspondiente a los 18 meses desde la incoación, que es el 16 de diciembre de 2009. El plazo fue suspendido durante 35 días naturales, de manera que, a tenor de lo dispuesto en el apartado 3º del artículo 12 mencionado, hay que adicionar al 16 de diciembre de 2009 los 35 días naturales correspondientes a la suspensión, que da como resultado que el último día del plazo fue el 21 de enero de 2010, fecha en la que la Comisión de la Competencia dicta la resolución sancionadora. No obstante, el artículo 36 de la Ley de Defensa de la Competencia 15/2007, dispone que << 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 de incoación del mismo .>> De manera que dictada la resolución de la Comisión, la notificación formal de la resolución sancionadora se produjo el día 27 de enero de 2010. esto es, una vez transcurrido el plazo de caducidad. La tesis de la sentencia de instancia, que asume la sostenida por la Abogacía del Estado, parte de la premisa de que el plazo para resolver ha estado suspendido 29 días hábiles y del acuerdo del Consejo del levantamiento de la suspensión el 30 de diciembre de 2009 y en su cálculo, y así, la Sala suma al 30 de diciembre de 2009 estos 29 días <<hábiles>> correspondientes a la suspensión, con la consecuencia de que el vencimiento del plazo tuvo lugar el 4 de febrero, fecha dentro de la cual se habría dictado y notificado la resolución sancionadora.

A esta conclusión llega la Sala de instancia que adiciona los días durante los que quedó suspendido el plazo, al día en que se alzó la suspensión, y de <<reanudación>> del procedimiento, cuyo resultado determina -a su entender- que el plazo final es el 4 de febrero y la consecuencia jurídica de que no se habría producido la caducidad.

Pues bien, se advierte en la interpretación de la Sala de instancia un doble error interpretativo. Por un lado, la Sala de instancia toma en consideración, y así lo expone en la sentencia, los días hábiles que median entre el acuerdo de suspensión y su posterior alzamiento, cuando el tenor literal del artículo 12.3 del Real Decreto 261/2008, es claro y no existen dudas interpretativas acerca de que se trata de días <<naturales>>.

Por tal razón, no es procedente acudir a lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, para supuestos distintos, de plazos que se señalen por días.

Pero es que, además, también se advierte el error cuando la Sala de instancia no toma en consideración para la determinación del día final del plazo lo dispuesto en el artículo 12.3 del Real Decreto mencionado, sino que acude al día en que el Consejo procede al levantamiento de la suspensión, el 30 de diciembre de 2009, esto es, una vez rebasado el término del plazo inicial (el 16 de diciembre de 2009).

La Sala de instancia mediante su propia interpretación considera relevante la <<reanudación del plazo>> tras la suspensión, pero no atiende al criterio señalado en el indicado precepto <<al término del plazo inicial>>. La Sala opera con un dato distinto y posterior al señalado en el Reglamento de procedimiento, cual es la fecha de la <<reanudación del procedimiento>> tras alzarse la suspensión, lo que implica que, a los efectos de la caducidad, tenga en consideración el tiempo de suspensión del procedimiento que supera y excede del término inicial del plazo. Esta interpretación no puede ser acogida, pues, cuando está corriendo el plazo de caducidad de 18 meses del procedimiento, sólo puede suspenderse por los motivos y en la forma establecidos en la Ley 15/2007, de 3 de julio y en el Real Decreto 261/2008. Si se produce la suspensión del procedimiento sancionador durante un tiempo que excede del término del plazo inicial, ello no es óbice para que no deba respetarse para el cálculo del día final del plazo, aquel que está reglamentariamente establecido, puesto que de seguir la tesis sustentada en la sentencia, implicaría dejar a la Comisión, a través de las suspensiones, la ampliación de los plazos máximos de caducidad.



De modo que, cuando se acuerda por la Comisión la suspensión del plazo del procedimiento, para el cálculo nuevo del plazo, ha de partirse necesariamente del término del plazo inicial, siendo así que el tiempo transcurrido entre el término inicial del plazo y aquel posterior al que se refiera la suspensión resulta irrelevante a los efectos de la caducidad. Dicho en otras palabras, a los efectos de la caducidad del procedimiento, el único período en el que es posible que incida la suspensión es aquel que resta hasta alcanzar el término del plazo inicial, lo que determina que el tiempo que exceda de dicho momento carece de virtualidad y eficacia a los efectos aquí debatidos."

Advierte de este modo que el artículo 12.3 exige sumar al término del plazo inicial los días naturales durante los que ha quedado suspendido el plazo, lo que por otra parte no es sino lineal aplicación de su propio tenor literal. Recordemos que el término del plazo inicial viene fijado desde el momento mismo de la incoación del procedimiento, y resulta de adicionar a ese día de incoación un plazo de dieciocho meses.

En el caso ahora enjuiciado, si la fecha de incoación fue la de 10 de junio de 2011, el término del plazo inicial se produciría el 10 de diciembre de 2012.

La suma, a partir de esa fecha, de los días -171- en que el plazo estuvo válidamente suspendido prolongaría el plazo máximo de resolución del procedimiento hasta el día 30 de mayo de 2013. Notificada la resolución el 27 de mayo anterior, el procedimiento no habría caducado.

Éste ha sido, por lo demás, el modo de computar el plazo en casos de suspensión del procedimiento que ha seguido esta Sección en supuestos análogos.

Sin embargo, el Tribunal Supremo incluye en su sentencia una consideración sobre los períodos de suspensión que pueden ser adicionados a ese plazo inicial que opera como referencia para la determinación del plazo máximo de duración del procedimiento, y así dice que "*el tiempo transcurrido entre el término inicial del plazo y aquel posterior al que se refiera la suspensión resulta irrelevante a los efectos de la caducidad*".

Supone entonces que las suspensiones acordadas a partir de ese día último del plazo inicial no pueden ser tomadas en consideración para determinar el plazo máximo de duración del procedimiento. Por si hubiera alguna duda, añade que "*Dicho en otras palabras, a los efectos de la caducidad del procedimiento, el único período en el que es posible que incida la suspensión es aquel que resta hasta alcanzar el término del plazo inicial, lo que determina que el tiempo que exceda de dicho momento carece de virtualidad y eficacia a los efectos aquí debatidos*".

Además, la sentencia incorpora explícitamente una justificación para sustentar esta interpretación cuando señala que "*Si se produce la suspensión del procedimiento sancionador durante un tiempo que excede del término del plazo inicial, ello no es óbice para que no deba respetarse para el cálculo del día final del plazo, aquel que está reglamentariamente establecido, puesto que de seguir la tesis sustentada en la sentencia, implicaría dejar a la Comisión, a través de las suspensiones, la ampliación de los plazos máximos de caducidad*".

En el supuesto que analizamos en el presente proceso este criterio tiene una trascendencia evidente pues, de los tres períodos en que el procedimiento estuvo suspendido, los dos primeros -que totalizan 156 días- transcurrieron antes del término del plazo inicial -como vimos, el 10 de diciembre de 2012-; pero el tercero tuvo lugar después, pues arranca del 30 de abril de 2013.

Por lo tanto, este último no puede incorporarse como sumando en la adición a que se refiere el artículo 12.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia, de suerte que el plazo máximo de duración del procedimiento se extendería hasta el 15 de mayo de 2013, resultado de añadir al 10 de diciembre de 2012 los referidos 156 días, con la obligada consecuencia de que cuando se notificó la resolución impugnada el 27 de mayo siguiente el procedimiento había ya caducado.

Frente a ello ninguna virtualidad cabe reconocer a las alegaciones del Abogado del Estado que, ni en la contestación a la demanda, ni tampoco en el trámite de audiencia abierto con la providencia de 28 de julio de 2015, abordan la cuestión nuclear de la eficacia, en orden a la caducidad del procedimiento, de las suspensiones producidas después del término del plazo inicial.

CUARTO.- Procede entonces la estimación del recurso y consiguiente anulación de la resolución contra la que se dirige, sin que se haga expresa imposición de las costas causadas en esta instancia en aplicación de lo establecido en el artículo 139.1 de la LJCA y atendidas las dudas de derecho suscitadas en torno a la aplicación del criterio que ha sido finamente asumido.

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

FALLAMOS



Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales D^a Mónica Fente Delgado, actuando en nombre y representación de "Distribuidores Técnicos Concesionarios SA", contra la resolución de 23 de mayo de 2013, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, por la cual se le impuso una sanción de multa de 359.565 euros por la comisión de una infracción única y continuada del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, debemos anular y anulamos dicha resolución.

Sin hacer expresa imposición de costas.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y contra la que no cabe recurso alguno, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Voto particular

que formula el Il^lmo Sr. Magistrado D. JAVIER EUGENIO LÓPEZ CANDELA a la sentencia de fecha 2 de noviembre de 2015 pronunciada en el recurso nº 336/2013, de la Sección 6^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

Aceptando los hechos relatados en la sentencia impugnada, sin embargo, lamento tener que discrepar con el parecer de la mayoría respecto del motivo de estimación del recurso contencioso-administrativo, al entender que concurren otros fundamentos diferentes para la estimación del recurso contencioso-administrativo, diferente del de la caducidad, y en concreto, la falta de proporcionalidad de la sanción por aplicación de la Comunicación de 6.2.2009.

Y ello en virtud de estos

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Mi discrepancia con el parecer mayoritario se centra en los fundamentos que han llevado a la Sala adoptar la decisión estimatoria del recurso contencioso administrativo, basados en la existencia de caducidad del procedimiento sancionador incoado, toda vez que a los períodos de suspensión del plazo habría que haber añadido el tercer período de 16 días, aunque fuere posterior a la fecha inicial del plazo de duración del 10 de diciembre de 2012, de modo que a mi modo de ver, se ha producido una aplicación indebida de la mencionada doctrina de la STS de 15.6.2015 ..

SEGUNDO .- En efecto, la mencionada STS de 15.6.2015, además de sentar doctrina sobre la cuestión relativa a la improcedencia de la exclusión de los días inhábiles del cómputo del plazo de duración viene a expresar que no puede computarse el período de suspensión del procedimiento para el cálculo del nuevo plazo conforme al art.12.3 del RD 261/2008. Pero entiendo que no dice más que eso, sobre la base del concreto supuesto planteado en esa sentencia en que no ha habido tres suspensiones como en el presente caso y ha habido que reajustar tres veces al plazo final.

Por consiguiente, cuando expresa dicha sentencia que el único período en el que es posible que incida la suspensión es aquél que resta hasta alcanzar el término del plazo inicial es porque en ese caso plazo inicial y de duración del procedimiento coincidían antes de la suspensión tenida en cuenta. Pero puede ocurrir que ese plazo haya sido objeto de reajuste, como consecuencia de la aplicación del art.12.3 del RD 261/2008, por lo que antes de que transcurra el nuevo plazo podrían operar nuevos períodos de suspensión que determinarían un nuevo reajuste, con tal de que no hayan transcurrido los 18 meses a los que se refiere el art.38.1 de la LDC.

Admitir la doctrina de la Sala conllevaría reconocer que no tendría sentido reajustar el plazo con motivo de la aplicación del art.12.3 del RD 261/2008 si ello supone no poder computar un nuevo período de suspensión, con tal de que no haya transcurrido el plazo de 18 meses.

TERCERO .- Por otro lado, de la STS de 15.6.2015 no se deduce que se haya querido fijar una nueva doctrina contraria a la tradicional sobre el cómputo de dicho plazo, y que viene representada por muchas sentencias, como la de 9.2.2015, recurso 1531/2013, cuando expresa en el Fj 3º:

" Frente a los razonamientos que expone el Tribunal de instancia para rechazar que hubiese caducidad, el primer motivo de casación sostiene que la Sala realiza una apreciación incorrecta de las fechas clave en el procedimiento. A partir de esta premisa construye su tesis la sociedad recurrente para defender que el procedimiento sancionador, incluyendo en él el tiempo correspondiente a las sucesivas suspensiones, habría sobrepasado el plazo máximo de tramitación previsto en la ley, de 18 meses y, por lo tanto, habría caducado.

En el desarrollo argumental del motivo aduce que la caducidad se "produjo en todo caso un día antes de la fecha en la que fue notificada la resolución que puso fin al expediente, esto es, 28 de julio de 2010, si bien "el último día de caducidad declarado por la Comisión Nacional de la Competencia" conforme exige el artículo 12



del Reglamento de Defensa de la Competencia , aprobado por RD. 261/2008 de 22 de febrero, "fué el 13 de marzo de 2010, muy anterior a la notificación de la resolución impugnada". Argumenta por otra parte que el acuerdo de incoación del expediente se adoptó el 15 de julio de 2008 y que el plazo inicialmente fijado para dictar y notificar la resolución vencía el día 15 de enero de 2010, 18 meses después de la incoación. Sin embargo, a lo largo de la tramitación del expediente la Comisión suspendió el cómputo del plazo en tres ocasiones, la primera, en la que se señalaba nuevo plazo máximo para resolver el 6 de febrero de 2010; una segunda suspensión, que señala el nuevo plazo para resolver el 13 de marzo de 2010 y finalmente, un tercer acuerdo de suspensión del procedimiento, el 23 de octubre de 2009, que se reanudó mediante acuerdo de 10 de marzo de 2010 en el que no se indicó la nueva fecha máxima para la resolución del 6 procedimiento. La Sentencia considera que el plazo final para resolver el procedimiento vencía el 29 de julio de 2010 precisamente el día en el que se notificó la resolución sancionadora dictada el 28 anterior, y por esta razón la Sala no aprecia la caducidad del expediente administrativo, cuando del correcto cómputo del mencionado plazo -continúa la recurrente- resulta que el último día para dictar y notificar la resolución era el 28 de julio de 2010, esto es, un día anterior al que tuvo lugar la notificación de la resolución sancionadora.

Pues bien, las fechas relevantes tomadas en consideración por la Sala que responden a lo acontecido en la tramitación del expediente, se consignan en el tercero de los fundamentos jurídicos son: a) la fecha de incoación del expediente, el 15 de julio de 2008; b) el 4 de mayo de 2009 fecha de la primera suspensión y 27 de mayo, de la reanudación; c) 18 de junio, en el que se solicita el informe a la Agencia de Defensa de la Competencia en Andalucía y 24 de julio, de nueva reanudación; y d) el 23 de octubre de 2009, de suspensión del plazo para la realización de pruebas complementarias hasta el 9 de marzo de 2010, con el fin de la suspensión y reanudación del plazo.

En el motivo, la recurrente no indica ningún concreto error en el cómputo del mencionado plazo, limitándose a afirmar, a partir de la indicación realizada por la Administración, que concluía el día 28 de julio de 2010. La Sentencia impugnada desestima la alegación de caducidad en atención a los períodos de tramitación del expediente sancionador con los descuentos correspondientes a los períodos de suspensión que, en lo que aquí importa, no presenta ningún error material. Existen ciertamente una serie de suspensiones del procedimiento cuya sucesión y duración hemos expuesto y que considera la Sala. La propia Sentencia considera como días a quo para el cómputo del plazo de caducidad de 18 meses la fecha de incoación del procedimiento sancionador, restando del mismo los períodos correspondientes a la suspensión de la tramitación, explicitando las operaciones de cálculo realizadas en el fundamento jurídico tercero de su Sentencia, en el que, ya hemos dicho, no se evidencia ninguna equivocación que permita considerar que el plazo expiró un día antes de lo declarado.

Tampoco presenta relevancia el dato que señala el recurrente relativo a que en la segunda suspensión se fijó el 13 de marzo de 2010 como fecha límite del plazo máximo para resolver el expediente sancionador, toda vez que la Sala toma en consideración los días reales de tramitación y suspensión del expediente y aún cuando en la tercera suspensión no se indicó la nueva fecha máxima, es lo cierto que el silencio de la resolución en orden a la determinación del nuevo plazo no resulta relevante, pues en todo caso rige el criterio legal que contempla el máximo del procedimiento en 18 meses (para dictar y notificar la resolución, artículo 36.1 LDC), plazo que como hemos indicado, y atendiendo a las fechas reales del expediente se ha observado en este supuesto.

De manera que no cabe acoger la tesis de la sociedad recurrente sobre la caducidad del expediente sancionador, habida cuenta de que entre el comienzo de las actuaciones hasta que se notifica la resolución sancionadora, no ha transcurrido el plazo establecido. No advertimos error alguno en el cómputo de las fechas que resultan determinantes, por lo que se revela razonable la respuesta judicial de entender que no se ha excedido el plazo de caducidad. De lo expuesto, se deduce que la Sala de instancia no infringe los invocados artículos, y el motivo ha de ser desestimado..."

Por consiguiente, aunque admito que la interpretación mayoritaria de la Sala puede ampararse en una interpretación literal de la mencionada sentencia, contemplando el supuesto de hecho de uno y otro caso, así como los términos del debate examinados en cada caso y toda la doctrina reiterada del Tribunal Supremo sobre esta cuestión, que en modo alguno se considera superada por la mencionada sentencia, hemos de concluir que el procedimiento no se hallaba caducado, porque se debe contar la última de las suspensiones producidas, la que deriva del acuerdo de 29 de abril de 2012 (folio 68.975 a 69.040), que suspende el cómputo del plazo de duración del procedimiento, solicitando a las empresas para que aportaran en el plazo de 5 días información sobre su volumen de negocios, y que se computa hasta el 18 de mayo (folio 69.262), sin que en ese momento hayan transcurrido los 18 meses. Y es así que dicho cómputo debe realizarse por un total de 16 días, toda vez que el requerimiento de notificación se notifica a la primera de las empresas el 30 de abril, y el plazo de cinco días concluye el 16.5.2013, conforme al criterio sentado por la STS de 22.6.2015, dictada



en el recurso 2012/2013 , que ratifica el de esta Sección de 8.4.2013, con lo que no se habría producido la mencionada caducidad.

CUARTO.- Ello obliga a entrar en el examen de los demás motivos expuestos, realizando un examen de los motivos de impugnación más relevantes examinados en los recursos interpuestos por las empresas que han participado en el cártel, y admitiendo en primer término, que sobre la base de la información remitida por la autoridad valenciana de competencia, los resultados de las inspecciones practicadas con fecha 5 de mayo de 2011 en la sede de varias empresas, los requerimientos de información a diversas entidades e información y elementos de prueba presentados por DITECO en su solicitud de clemencia ha quedado acreditado que en el primer semestre del año 2008 una serie de suministradores de material de **saneamiento** y fontanería, radicados en su mayoría en la zona de Levante, mantuvieron contactos con vistas a cooperar para hacer frente, en principio, a problemas de retraso en los pagos y morosidad. Estos contactos se plasmaron en acuerdos y reuniones que, especialmente en la segunda mitad de 2008 y primer semestre de 2009, convocaron a un elevado número de empresas. Tal cooperación se plasmó en un acuerdo para aplicar de manera coordinada determinados recargos financieros a sus clientes, los importes de los mismos y la forma de llevarlo a efecto.

Pero, a la par, ya en la reunión celebrada el 21 de julio de 2008 con asistencia de cerca de 20 empresas, se plantea la iniciativa de establecer descuentos máximos de venta para determinados productos de determinadas marcas. Esta iniciativa dio lugar a un intercambio de información comercial sensible entre diversas empresas en relación a los precios y descuentos que venían aplicando con el fin último de consensuar el importe máximo de descuento a aplicar a sus clientes para determinados productos.

Al mismo tiempo, esta cooperación dio pie a que en las reuniones se intercambiara información sobre otros aspectos comerciales sensibles, como por ejemplo, cómo se operaba en relación a los portes y, en particular, cómo y cuándo se cobraban, cómo se vendían determinados productos empaquetados con el fin de forzar al cliente a comprar más unidades, o qué volumen de ventas se realizaba en total o con respecto a determinados fabricantes, junto con otra información sobre proveedores o incluso temas de no captación de personal.

Por otro lado, con el objeto de favorecer la cooperación y facilitar el intercambio de información, las empresas se plantearon y, algunas de ellas llevaron a efecto, la creación de la plataforma informática Gest-rec que, se trata de " *una aplicación de intercambio de información encriptada de uso compartido* , que tiene como fin que cada operador deposite y recoja información a compartir con el resto de operadores adscritos al programa.

De esta forma, la información sobre condiciones de pago de clientes que inicialmente se intercambió a través del correo electrónico, pasó después a ser intercambiada a través de Gest-rec . Las empresas tenían que cargar los datos en la plataforma para que los demás tuvieran acceso y aquéllos que no ofrecían su información a los demás eran dados de baja. Pero hay evidencia de que esta plataforma fue empleada, entre otras cosas, para intercambiar otro tipo de información comercial y convocar reuniones entre empresas competidoras.

QUINTO.- La resolución del presente recurso contencioso-administrativo requiere determinar el mercado afectado, que no es otro que el de la compra venta 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. Y en cuanto a su ámbito geográfico, el mismo trasciende del de la Comunidad valenciana, a pesar del domicilio social de la mayor parte de las mismas, para alcanzar el ámbito nacional, dado el ámbito de las relaciones comerciales contraídas por las mismas, expresando la resolución impugnada las razones para valorar dicho mercado geográfico, teniendo en cuenta " *el radio de actuación de las empresas a las que se dirige la imputación no se limita al perímetro de la provincia o de la Comunidad Autónoma. En algunos casos, como ALMESA o THISA porque se trata de empresas de implantación nacional. En otros, porque aunque la delegación o el establecimiento se sitúe en una provincia de la Comunidad Valenciana su radio de actuación no tiene que limitarse a la misma. Dado que se trata de empresas de distribución de material de saneamiento y fontanería nada les impide servir a clientes de provincias limítrofes. De hecho, algunas de las alegaciones sustentan este hecho cuando reconocen que no hay que atender a delimitaciones administrativas sino al radio de actuación de las empresas y que existe una competencia entre almacenistas que les lleva a servir a clientes de otras zonas. De hecho, la DI ha mostrado con su análisis de las facturas que esto efectivamente sucede incluso en el caso de almacenes pequeños y así ha quedado reflejado en el Hecho Probado 1. Por otra parte, un número relevante de las empresas imputadas, no necesariamente las de mayor tamaño, han reconocido su capacidad para servir a clientes de provincias limítrofes o, incluso, de toda España (Hecho Probado 1.1, 1.2, 1.4, 1.13, 1.16, 1.18, 1.21, 1.22).*

Segundo, de las actas y contactos acreditados entre las empresas se deduce la intencionalidad de que el acuerdo tuviera un ámbito supra-autonómico, que podía afectar a otros territorios y que, de hecho, hubo contactos al respecto. A continuación se citan algunos ejemplos:



- "Se informa de la buena aceptación que ha tenido nuestra propuesta en otras provincias donde servirá nuestra iniciativa para desarrollarla en la suya..." (folio 6.674).
- "Como noticia positiva indicaros que a la reunión del lunes vendrán más almacenes interesados. Por otro lado indicaros que nuestra iniciativa se va a llevar a cabo en otras provincias de España, ya os lo cuento más detalladamente el lunes..." (folio 5.252).
- "Buenas tardes XXX he estado hablando con gente de la parte de Alicante y Murcia están interesados pero al mismo tiempo tienen miedo (...) yo voy a intentar hablar con mas personas pero pienso que seria muy interesante que vosotros o sea Tu, Jose Ramón y los que empezasteis convocaseis una reunión en una zona intermedia de Alicante , pienso que nos podríamos llevar una sorpresa porque la verdad es que todos quieren unos mas que otros pero en estas circunstancias sería quizás buen momento y así se irían añadiendo provincias (...)" (folio 5.251).
- "Para que se enfrenten al resto de almacenistas que no quieran cogerse a unos tipos de descuentos tendrían que ver los acuerdos de los grupos y hablarlo con el resto de delegaciones ya que sólo representan la zona de levante y podrían perjudicar a sus compañeros del resto de zona por los almacenistas que pertenecen a unos grupos con condiciones propias..." (folio 6.939)

En definitiva, el Consejo coincide con la DI en que las conductas objeto del presente expediente sancionador alteran o pueden alterar la libre competencia en un ámbito, cuanto menos, supra-autonómico. Todo ello sin perjuicio de que la conducta pueda incidir de forma significativa en el territorio de la Comunidad Valenciana, razón por la cual, de acuerdo con lo previsto en el artículo 33.2 del RDC y en el artículo 5.Cuatro de la Ley 1/2002 , se ha solicitado el informe preceptivo, no vinculante, a la autoridad de competencia valenciana, tal y como se refleja en el Antecedente de Hecho 29.

Estas consideraciones de la resolución impugnada no han sido desvirtuadas en la demanda, por lo que se dan por reproducidas.

Se pretende defender, por otro lado, la inexistencia de conducta contraria al Derecho de la Competencia, básicamente por tres razones:

- La finalidad de la actora ha sido la de evitar la morosidad en el sector, tratando de evitar el elevado número de impagados, conforme a la ley de medidas de lucha contra la morosidad 3/2004, de 29 de diciembre (art.5 y 7 y Directiva 20/35/CE , de 29 de junio), modificada por Ley 15/2010, de 5 de julio, por lo que la conducta estaría exenta conforme al art.4.1 de la LDC .
- No ha habido cártel, sino tan sólo un intercambio de información entre empresas
- Se trata de un acuerdo de mínimis, que no ha superado el 10% del volumen del sector entre las empresas participantes, como reconocen diversos organismos públicos.

Lo cierto es que aunque admitamos que pudiera la actora haber aplicado estos descuentos o recargos con anterioridad a las reuniones habidas en 2.008, y que tiene plena libertad para fijar su estrategia frente a los incumplimientos de los pagos por terceros, lo cierto es que en modo alguno puede llegar a practicar conductas concertadas con sus competidores sobre las que no puede decirse que haya habido publicidad alguna, adoptándose diversas cautelas para garantizar el secreto de las reuniones, y ello de modo contrario a la normativa de Defensa de la Competencia . En suma, nos encontramos con una conducta incluida en la DA 4ª de la ley 15/2007 , que por fijar descuentos ya constituye una manera de fijar unos precios entre competidores, que no se halla justificada conforme al art.101.3 del TFUE o art.1.3 de la Ley 15/2007 , sin que conste beneficio alguno para los consumidores, e imponiendo a las empresas además restricciones no indispensables.

SEXTO. - Por otro lado, los mencionados intercambios de información que se invocan, canalizados mediante un sistema informático, en línea con lo que dijimos en la sentencia de 2 de junio de 2.013, recurso 5/2013, respondían a la finalidad de implementar los acuerdos para fijar precios mediante la aplicación de recargos y descuentos, por tanto con finalidad anticompetitiva, tal como refleja el párrafo 59 de las Directivas sobre acuerdos de cooperación horizontal. No consta, como hemos dicho, beneficio alguno para los consumidores derivados de ese intercambio, ni para las empresas, más allá de su intención de alinear precios, y sobre todo, cuando venían acompañados de medidas de respuesta en caso de incumplimiento de las obligaciones contraídas.

Respecto de la existencia de un acuerdo de mínimis o de menor importancia que excluiría la imposición de sanción, conforme al art.5 de la LDC y art.1.a y 3.1 del RDC, expone la actora que conforme a la información solicitada por la CNC al Banco de España, al INE, y a la AEAT, la representatividad de las empresas encartadas no alcanza al 10% a que se refiere el art.1 del RD 261/2008 , puesto que ni siquiera llega al 1% a nivel nacional,



ni al 10% al nivel de la Comunidad de Valencia. Pero lo cierto es que el propio art.2 del RD 261/2008 , excluye la aplicación de esta exención a los acuerdos de cártel, tal como literalmente expresa dicho precepto:

"1. 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 por las empresas partícipes:

a) La fijación de los precios de venta de los productos a terceros..."

Y este criterio ha sido reiterado por diversas sentencias de esta Sala. Así, en sentencia de 25.3.2015, recurso 256/2012 , al igual que en la de 29.4.2015, recurso 204/2012 .

SÉPTIMO.- La actora invoca la falta de proporcionalidad de la sanción, teniendo en cuenta que conforme a la doctrina de esta Sala, representada por la SAN de 5.3.2013 , debió tenerse en cuenta el volumen afectado, representado en su caso, por el 10%.

Para resolver esta cuestión conviene tener en cuenta que la resolución impugnada ha determinado la sanción aplicando el 10% de la cifra del volumen total de negocios en 2.012. Para ello se ha tenido en cuenta la Comunicación de 6 de febrero de 2.009 de la Comisión Nacional de la Competencia, que como sabemos ha sido afectada por la doctrina del Tribunal Supremo recogida en la sentencia de 29 de enero de 2015, recurso 2872/2013 , seguida por las de 30.1.2015, recursos 1476/2014 y 2793/2015 , lo que conlleva la improcedencia de la aplicación de la comunicación de 2,009, debiéndose ajustar la CNC a los criterios reflejados en los art.63 y 64 de dicha ley 15/2007 .

En consecuencia, y dado que la sanción se impone sobre la base de la Comunicación de 6 de febrero de 2009, por todas las razones expuestas, procede, en mi opinión, la estimación del recurso contencioso-administrativo que formula la recurrente, pero con carácter parcial, anulándose la resolución impugnada en los términos expresados en el presente fundamento de derecho, y debiéndose dictar otra en ejecución de sentencia previa retroacción de actuaciones con plena sujeción a lo dispuesto en los art.63 y 64 de la LDC , conforme a la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo de 29.1.2015 y sucesivas, respetando el límite máximo del 10% del volumen total de negocios en el ejercicio anterior, 2.012.

OCTAVO.- Por ello, considero que debió estimarse parcialmente el recurso contencioso- administrativo interpuesto, anulándose la resolución de la CNC impugnada, por las razones antes mencionadas.

Sin costas, conforme al art.139 de la ley jurisdiccional , al entenderse que las cuestiones suscitadas son de elevada relevancia jurídica.

Así lo expresa el Magistrado firmante del voto particular, el cual habrá de notificarse a las partes junto con la resolución adoptada por la mayoría en la forma prevenida por la ley.

Dado en Madrid, en la misma fecha de la resolución de la que discrepamos.

PUBLICACIÓN .- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su **no** tificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

Doy fe