



Roj: **STS 3908/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:3908**

Id Cendoj: **28079130032016100340**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **26/07/2016**

Nº de Recurso: **3811/2015**

Nº de Resolución: **1988/2016**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3864/2015,**
STS 3908/2016

SENTENCIA

En Madrid, a 26 de julio de 2016

Esta Sala ha visto constituida por los magistrados referenciados al margen, el recurso de casación número 28/2010, interpuesto por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representado por el Abogado del Estado, contra la sentencia de fecha 2 de noviembre de 2015 dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 351/13, sobre Sanción de la CNC. Se han personado como parte recurrida SUMINISTROS MARVAL SL, representada por el Procurador D. Manuel Lanchares Perlado, (sustituido por la Procuradora D^a Adela Cano Lantero), y la asistencia Letrada de D. Oriol Armengol i Gasull.

Ha sido ponente la Excma. Sra. D.^a Maria Isabel Perello Domenech

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procedimiento contencioso-administrativo número 351/13 seguido ante la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, se interpuso por SUMINISTROS MARVAL SL, contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 23 de mayo de 2013, dictada en el expediente sancionador S/0303/10, por la que se declara acreditada la existencia de una infracción única y continuada del art. 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, consistente en un cartel integrado por distribuidores de productos de saneamiento y fontanería, consistente en la fijación de condiciones comerciales relativas a precios, y se impone a SUMINISTROS MARVAL SL una multa de 608.119 euros.

SEGUNDO.- La Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, dictó Sentencia de fecha 2 de noviembre de 2015, cuya parte dispositiva acuerda:

<< FALLAMOS: Que estimando el recurso contencioso-administrativo núm. 351/2013, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Manuel Lanchares Perlado, en nombre y representación de la mercantil "SUMINISTROS MARVAL SL", contra la Resolución dictada en fecha 23 de mayo de 2013 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente sancionador nº S/0303/10 por la cual se le impuso una sanción de 608.119 euros de multa 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.>>



Contra la referida Sentencia, la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO preparo recurso de casación que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparados, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, el Abogado del Estado compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo y, presentó escrito de 3 de marzo de 2016 de interposición del recurso de casación en el que expuso el siguiente motivo de casación:

Único.- Al amparo de lo establecido en el art.88.1.d) de la LJCA, denuncia el quebrantamiento de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, por infringir los artículos 36, 37 y 38 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) en relación con los artículos 12.3 y 38.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia (Real Decreto 261/2008), así como la jurisprudencia que se cita a lo largo del motivo.

Terminando por suplicar dicte Sentencia por la que, se estime el recurso, case y anule la sentencia recurrida y en su lugar, dicte nueva sentencia por la que se desestime el recurso contencioso-administrativo interpuesto, declarando que la Resolución de la CNC impugnada en la instancia, se ajusta a derecho.

CUARTO.- Admitido el recurso de casación, SUMINISTROS MARVAL presentó su escrito de oposición suplicando dicte sentencia que: (i) desestime íntegramente el Recurso de Casación, y en consecuencia se confirme el contenido de la sentencia dictada por la Sala de la Audiencia Nacional, con interposición de costas a la parte recurrente; y, (ii) subsidiariamente, dicte en su día sentencia por la que se estime el recurso contencioso-administrativo y, consecuentemente, se declare la anulación de la resolución dictada por la anterior CNC en el expediente S/0303/10 Distribuidores Saneamiento, por los argumentos expuestos en la demanda.

Por Diligencia de Ordenación de 29 de junio de 2016 se tuvo por personado a la Procuradora D^a Adela Cano Lantero en sustitución de su compañero D. Manuel Lanchares Perlado, en la representación que ostenta de la parte recurrida.

QUINTO.- Se señaló para votación y fallo el día 5 de julio de 2016, fecha en que ha tenido lugar con observancia de las disposiciones legales, excepto el plazo de dictar sentencia, debido a su complejidad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 2 de noviembre de 2015, estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Suministros Marval, S.L" contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 23 de mayo de 2013 que le impuso una multa por su participación en un cartel integrado por distribuidores de productos de saneamiento y fontanería, consistente en la fijación de condiciones comerciales en el período comprendido desde el 13 de febrero de 2008 hasta el 5 de mayo de 2011, relativas a la fijación de precios que se relacionan.

SEGUNDO .- La Sala de instancia estimó el recurso al apreciar la caducidad del expediente sancionador, y precisó al comienzo del cuarto fundamento jurídico que en la cuestión de la caducidad suscitada en el recurso contencioso-administrativo «tenía una incidencia del todo relevante» el criterio de este Tribunal seguido en la sentencia de 15 de Junio de 2015 dictada en el recurso nº 3454/2013, que parcialmente transcribe y extrae una serie de conclusiones que entiende aplicables al supuesto enjuiciado. Así lo hizo la Sala de instancia expresando a lo largo de aquel fundamento jurídico, entre otras, las consideraciones en cuya virtud la aplicación del criterio de la reseñada sentencia de 15 de junio de 2013 al caso de autos determinaba la consecuencia de la caducidad del expediente sancionador toda vez que «cuando se notificó la resolución impugnada el procedimiento ya había caducado».

Pues bien, hemos de significar que mediante nuestra sentencia de 15 de junio de 2015 estimamos el recurso de casación número 3454/2013 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 31 de julio de 2013 en el recurso contencioso-administrativo número 152/2010. En aquella ocasión, como luego diremos, se impugnaba por el entonces recurrente una diferente resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 21 de enero de 2010 y, viendo rechazada su pretensión (pues la Sala de instancia corroboró la conformidad a derecho del acto sancionador), impugnó en casación la sentencia de instancia alegando, entre otros motivos, que el expediente sancionador había caducado, extremo que fue estimado por esta Sala tras constatar el erróneo cómputo de los plazos en el expediente sancionador, en un concreto supuesto al que después nos remitiremos.

Por lo demás, hemos de indicar también que la parte recurrente en casación, el Abogado del Estado impugna la sentencia de la Sala de la Audiencia Nacional alegando la errónea interpretación y aplicación de las normas



reguladoras de la caducidad de los procedimientos sancionadores en materia de defensa de la competencia y de la doctrina de la mencionada sentencia de 15 de Junio de 2013 , al considerar que se aplica a un supuesto diferente al examinado en la aludida sentencia.

TERCERO .- A partir de estas premisas examinaremos el único motivo de casación, interpuesto por el Abogado del Estado al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional . En él se imputa a la Sala de instancia la infracción de los artículos 36 , 37 y 38 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) en relación con los artículos 12.3 y 38.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008).

Centra el Abogado del Estado la cuestión controvertida señalando que, en síntesis, la declaración de caducidad del expediente sancionador se basó en que la sentencia recurrida consideró que no es posible tomar en consideración el plazo de la suspensión acordada una vez finalizado el término final del procedimiento señalado por el comienzo del mismo; con sedicente apoyo en la doctrina sentada en la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2015 .

Sin embargo -prosigue su exposición el Sr. Abogado del Estado-, tal interpretación es errónea porque no es esa la doctrina recogida en la sentencia de 15 de junio de 2015 , ni podría serlo ya que esa doctrina determinaría la infracción de los concretos preceptos legales citados en este motivo de casación a los que luego se aludirá.

Pues bien, indica dicha representación que la sentencia de 15 de junio de 2015 , puesta en la tesitura de fijar el término final o *dies ad quem* del procedimiento, consideró que el día final del plazo debía calcularse sumando el tiempo de suspensión (en días naturales) al término del plazo inicial, correspondiente a los 18 meses desde la incoación, que era el 16 de diciembre de 2009; de manera que si el plazo fue suspendido durante 35 días naturales, había que adicionar al 16 de diciembre de 2009 los 35 días naturales correspondientes a la suspensión, lo cual daba como resultado que el último día del plazo fue el 21 de enero de 2010, siendo así que la notificación formal de la resolución sancionadora concernida se produjo el día 27 de enero de 2010, esto es, cuando ya había transcurrido el plazo de caducidad. El Tribunal Supremo señaló que la Sala de instancia, en aquel pleito, había incurrido en un doble error: el primero, considerar que el plazo de suspensión era de 29 días hábiles, cuando el plazo es por días naturales, y el segundo (que es el que ahora enfatiza el Abogado del Estado) que la Audiencia Nacional no se había atenido a lo establecido en el artículo 12.3 RDC para fijar el día final del plazo, desde el momento que había añadido los días de suspensión al día en que se levanta la suspensión en lugar de añadirlos al término del plazo inicial.

Continúa su alegato el Abogado del Estado afirmando que las consideraciones del Tribunal Supremo así expuestas en la tan citada sentencia de 15 de junio de 2015 son correctas, pues si se añaden los días de suspensión a la fecha en que se acuerda levantar la suspensión, en lugar de añadirse al término final del plazo existente con carácter previo a la suspensión, la mecánica podría utilizarse, ciertamente, para prolongar indebidamente la duración del procedimiento; y es en este sentido cómo debe entenderse lo dicho en la sentencia de 15 de junio de 2015 cuando afirma que " *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*". Ahora bien -continúa la argumentación del Abogado del Estado-, lo que corrobora la sentencia de 15 de junio de 2015 es que, el *dies ad quem* originario se convierte en *dies a quo* inamovible en cuanto a la suma de los días suspendidos, pero lo que no corrobora es que no puedan acordarse más suspensiones. De hecho, la propia sentencia admite adicionar al día final del plazo originario, el período de tiempo de suspensión completo, es decir, tanto el transcurrido antes como el transcurrido después del día final del plazo originario (16 diciembre), esto es, 35 días, transcurridos desde el 25 de noviembre al 30 de diciembre.

CUARTO .- La Sala de instancia, antes de entrar al análisis de las cuestiones suscitadas en la demanda, entre otras, la caducidad del expediente sancionador, acordó de oficio oír a las partes procesales sobre la trascendencia en el supuesto de autos de la sentencia de esta Sala Tercera de 15 de Junio de 2013 . La Sala de instancia, sin entrar a examinar los argumentos de caducidad expuestos en la demanda, apreció finalmente la caducidad del expediente sancionador, tras la transcripción de ciertos párrafos extraídos del último fundamento jurídico de nuestra sentencia, de la que extrae las siguientes conclusiones que razona en los siguientes términos:

«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 el 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. »

QUINTO .- Para un examen de la cuestión controvertida resulta imprescindible referirnos a la tan citada sentencia de 15 de junio de 2015, en la que rechazamos las consideraciones anotadas de la Sala de instancia desde una doble perspectiva, de las cuales una, la referida a que el cómputo de plazos ha de hacerse por días naturales y no por días hábiles, es ahora pacíficamente asumida. La otra perspectiva de enjuiciamiento del caso, que es la que ahora importa, es la concerniente al cómputo y valoración, a efectos de la caducidad, de los acuerdos de suspensión del procedimiento, a los concretos efectos de la incidencia de dichos plazos de suspensión en cuanto a la determinación del término final o *dies ad quem* del plazo de resolución y notificación del expediente.

Sobre este particular, en nuestra precedente sentencia de 15 de Junio de 2013, comenzamos señalando que puede tenerse por cierto e incontrovertido que siendo el plazo inicial de caducidad de 18 meses, y siendo el día inicial (*dies a quo*) de este plazo aquel en que se acordó la incoación del procedimiento, a saber, el 16 de junio de 2008, el término del plazo inicial, era el día 16 de diciembre de 2009. Y aquí es donde se sobrepone la cuestión litigiosa, pues también es un dato no controvertido que el plazo de 18 meses fué suspendido por la necesidad de practicar cierta prueba, y esa suspensión fuealzada por 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; siendo de nuevo incontrovertido que el tiempo transcurrido entre el día de la suspensión, acordada entre el 25 de noviembre, hasta el momento de la reanudación, el 30 de diciembre de 2009, había sido de 35 días naturales.

Aquí se suscitó, precisamente, el núcleo de la cuestión litigiosa. Como hemos expuesto, la Sala de instancia, aceptando el planteamiento de la Administración, entendió que si el plazo para resolver había estado suspendido 29 días (hábiles), y la suspensión se levantó el 30 de diciembre de 2009, esos 29 días habían de sumarse o añadirse a partir de la fecha de 30 de diciembre, de forma que la fecha de vencimiento pasaba a ser el día 4 de febrero de 2010, posterior a la fecha de notificación de la resolución impugnada que lo fue el 27 de enero de 2010, de manera que no hubo caducidad.



En nuestra sentencia no se entiende así. No sólo por el tema de que el cómputo ha de ser por días naturales y no hábiles, sino también, y sobre todo, por las siguientes razones, que aun habiendo sido anteriormente recogidas, conviene reiterar:

"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 quedo 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 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"

Hasta aquí lo que dice la sentencia de 15 de junio de 2015 .

Como ha quedado expuesto, la controversia suscitada en el presente recurso de casación **3811/2015** es puramente jurídica, pues los datos fácticos subyacentes están claramente definidos y ninguno de los intervinientes en el pleito de instancia los ha cuestionado. La cuestión litigiosa se reduce a determinar los criterios jurídicos de cómputo y determinación del plazo final o de término ("*dies ad quem*") del procedimiento sancionador cuando en el curso del mismo ha sobrevenido una -o varias- suspensión del trámite. Las partes discrepan en cuanto a la determinación de dicha fecha, y lo hacen a partir de una divergente interpretación de la doctrina expuesta en la sentencia de 15 de junio de 2015 , tantas veces mencionada.

SEXTO .- Pues bien, así centrada la cuestión controvertida, ha de anticiparse que asiste la razón al Abogado del Estado, pues de la sentencia de 15 de junio de 2015 no cabe extraer la doctrina propugnada por la Sala de



la Audiencia Nacional, menos aún con el carácter de doctrina jurisprudencial general proyectable sobre todos los expedientes sancionadores en materia de competencia.

La sentencia de este Tribunal Supremo de 15 de junio de 2015, tan citada por la sentencia de instancia, no contiene las declaraciones generales que el Tribunal *a quo* le atribuye, como así lo enfatiza el Voto particular. Si se sitúa la fundamentación jurídica de dicha sentencia en su contexto, se aprecia que en ella se parte de un caso concreto y singular en el que la Administración notificó la resolución finalizadora del procedimiento cuando ya había transcurrido el plazo máximo de resolución y notificación del mismo de 18 meses, y eso incluso sumando o añadiendo al día de término de ese plazo inicial de 18 meses el periodo de tiempo en el que el expediente había estado suspendido en su tramitación (como hemos visto, el acuerdo de alzamiento de la suspensión tuvo lugar cuando el plazo de 18 meses ya había transcurrido).

La Administración trató de justificar tal situación razonando que ese período de tiempo de suspensión se añadía o sumaba, a efectos del cómputo del plazo de 18 meses, no a partir del día de término de esos 18 meses contados a partir de la fecha de incoación, sino a partir del día de adopción del acuerdo de alzamiento de la suspensión, y la Sala de instancia aceptó y dio por buena tal forma de actuar, pero el Tribunal Supremo la rechazó, al considerar que el lapso temporal de suspensión del expediente (los días en que el transcurso del plazo de tramitación del expediente estuvo suspendido) debe sumarse no a la fecha de alzamiento de la suspensión, sino al término final de los 18 meses tan citados.

Pues bien, la Administración, primero, y la Sala de instancia, después, consideraron que la resolución había sido adoptada y notificada en plazo computando (incorrectamente) dicho plazo por días hábiles y no naturales, y además, por lo que ahora interesa, entendiendo que el día final del plazo debía determinarse añadiendo o sumando el tiempo de suspensión apuntado (de 35 días) a partir de la fecha del acuerdo de alzamiento de la suspensión del trámite.

En cambio, esta Sala consideró que esos 35 días de suspensión pueden y deben, sí, computarse en el sentido de dilatar o diferir el *dies ad quem*, a efectos de la caducidad del expediente, pero que esa adición debe hacerse a partir del día inicialmente señalado como día de término, y no a partir de la fecha en que se adoptó el acuerdo de alzamiento. Esto es, que el término inicialmente fijado como *dies ad quem* (16 de diciembre) pasa a configurarse como *dies a quo* para el nuevo cómputo o recálculo del plazo de resolución y notificación; es decir, a los limitados efectos de posicionarse como fecha de referencia para la suma (a efectos del cómputo del plazo de 18 meses y la consiguiente determinación del día de término a efectos de la caducidad) de los días en que el expediente estuvo suspendido.

Esta, y no otra, es la declaración que exterioriza la sentencia de 15 de junio de 2015, y esta es la doctrina que cabe extraer de dicha sentencia. Las demás expresiones que la sentencia incorpora no son más que argumentos de refuerzo dialéctico de tal aseveración, que no pueden extrapolarse de su contexto.

Lo que, en definitiva, viene a establecer esta sentencia de 15 de junio de 2015 es que el plazo de tramitación real y funcional del expediente sancionador, globalmente considerado, no puede superar en ningún caso los 18 meses que la LDC y su reglamento de desarrollo establecen; es decir, que aun sumando a la fecha inicialmente establecida como de término de esos 18 meses (la fecha en que se cumplen 18 meses a partir de la fecha de inicio del expediente) los periodos temporales de suspensión del trámite procedimental, el plazo resultante, íntegro y globalmente contemplado, no puede superar 18 meses.

En cambio, lo que la sentencia de 15 de junio de 2015 no proclama con carácter general, porque no era eso lo que se discutía en el litigio de su razón, es que si el plazo inicial de 18 meses se extiende sobrevenida y legítimamente, por razón de una suspensión acordada en tiempo y forma, una vez que esos 18 meses (contados desde la fecha de incoación) hayan transcurrido no podrán acordarse suspensiones añadidas en el intervalo añadido correspondiente al plazo ampliado.

Dicho sea de otra forma, la sentencia de 15 de junio de 2015 no rechaza ni desautoriza la posibilidad de acordar una segunda suspensión, o sucesivas suspensiones, dentro del plazo global máximo de tramitación de 18 meses, incluido dentro de dicho plazo el sobrevenidamente resultante de una suspensión precedente. No lo rechaza ni lo desautoriza porque no es ese el objeto del pleito que resuelve, ni tal cuestión se ha suscitado en dicho pleito, ni es por tanto una cuestión litigiosa controvertida que corresponda resolver congruentemente como "*ratio decidendi*" de la sentencia.

Y eso es justamente lo que ha ocurrido en el concreto caso que se resolvió por la sentencia ahora combatida en el presente recurso de casación, pues a lo largo de la tramitación del expediente sancionador de autos se acordaron sucesivas suspensiones del plazo, por razones que no han sido cuestionadas en cuanto a su pertinencia. Lo que importa resaltar es que todas esas suspensiones se acordaron dentro del plazo de 18 meses, computado este con arreglo a las pautas que se acaban de expresar. Esto es, todas las sucesivas



suspensiones se adoptaron, bien dentro del plazo primero de 18 meses medidos a partir de la fecha de incoación del procedimiento, bien dentro del plazo ampliado resultante de la adición, al término final de ese plazo primero, de los días en que el expediente permaneció suspendido en tiempo y forma.

Dicho esto, y siguiendo el razonamiento, el hecho de que se acordase alguna suspensión del plazo para resolver dentro del llamamos "plazo ampliado" no implicó que se sobrepasaran realmente los 18 meses que la Ley fija como plazo de tramitación máximo.

El hecho de que al plazo legal e inicialmente establecido se le adicione los días en que el procedimiento ha estado suspendido en legal forma, no hace más que salvaguardar la integridad y la funcionalidad de la previsión normativa sobre el plazo máximo conferido a la Administración. Previsión, esta, que es ciertamente una garantía para el ciudadano (evita que un procedimiento sancionador pueda estar indefinidamente abierto) pero también opera como una garantía para la Administración, en la medida que le confiere un plazo predeterminado para tramitar, resolver y notificar, que es el que se ha estimado adecuado y congruente con la naturaleza del procedimiento y los intereses en juego.

Desde esta perspectiva, si se aceptara la tesis de la sentencia de instancia (que, como sabemos, en síntesis consiste en que una vez alcanzado el *dies ad quem* originario, ya no cabe acordar nuevas suspensiones del procedimiento) el resultado sería que el plazo conferido a la Administración para ejercer sus potestades se vería injustificadamente recortado de facto; pues, en efecto, si habiéndose acordado dentro de los dieciocho meses inicialmente establecidos una medida de suspensión, se impone que no cabrá acordar nuevas y ulteriores suspensiones en el mismo expediente más que dentro de esos mismos dieciocho meses, y con el término inexorable del *dies ad quem* correlativo al de inicio del procedimiento (de forma que a partir de dicha fecha ya no quepa acordar más actos de impulso y tramitación que impliquen suspensión del procedimiento), eso significará en la práctica que el periodo de suspensión antes acordado dentro de esos 18 meses iniciales habrá operado realmente como una resta o disminución del tiempo útil conferido a la Administración para culminar el expediente.

Si cualquier medida de suspensión de la tramitación tiene que adoptarse, quiérase o no, dentro de los 18 meses computados a partir de la fecha del acuerdo de iniciación (esto es, hasta el *dies ad quem* resultante de añadir 18 meses a partir de la fecha de incoación, y nunca más allá de dicha fecha), eso supondrá que la Administración dispondrá de tanto menos tiempo útil para valorar la posible realización de trámites añadidos que impliquen la suspensión, cuanto más tiempo haya durado la suspensión previa y primeramente acordada dentro de aquellos 18 meses.

Y este resultado no puede compartirse porque las previsiones legales sobre suspensión del trámite atienden a una razón de necesidad administrativa. Por eso, debe salvaguardarse la posibilidad -siquiera potencial- de que la Administración disponga, para poder tramitar correctamente el procedimiento y adoptar -en su caso- medidas de tal índole, al menos de los dieciocho meses conferidos (y no de dieciocho meses menos los plazos de suspensión ya acordados y consumados).

Cuestión distinta es que se acuerden suspensiones del trámite ficticias, sin razón real justificativa, como un mero ardid para eludir la caducidad de un procedimiento concreto. Si así ocurre, la suspensión así acordada (y el plazo suspensivo que de ella deriva) habrá de considerarse fraudulenta y por tanto no impedirá la aplicación de la norma que se ha tratado de eludir (ex art. 6.4 CC), de forma que esa suspensión no podrá impedir la producción y declaración de la caducidad del expediente. Pero si así se aprecia, será por ese anotado carácter fraudulento, y no por haberse acordado después del *dies ad quem* originario y en el plazo añadido al inicial por mor de una suspensión previamente acordada, pues esta última forma de actuar no puede descalificarse apriorísticamente como necesariamente contraria a Derecho.

SÉPTIMO .- Con arreglo a lo anteriormente razonado cabe acoger la tesis del Abogado del Estado dado que la Sala de la Audiencia Nacional emprendió de oficio e interpretó de forma errónea la doctrina plasmada en la sentencia de 15 de Junio de 2013 . Sin tener en cuenta el contexto argumental en que se inserta, la totalidad de su fundamentación jurídica, e interpretando de forma desconectada expresiones de un fundamento jurídico en el que se subrayaba la necesidad de aplicar el artículo 12.3 citado (rompiendo su evidente relación entre los razonamientos de la sentencia) la Sala aplica la sentencia de este Tribunal Supremo a un supuesto diferente al que se contemplaba en aquella ocasión, alcanzando una conclusión a partir de un párrafo aislado que pierde todo su sentido y que no es conforme a derecho.

Por contra, el correcto cómputo de los plazos determina que en el supuesto examinado no se ha producido la caducidad del expediente sancionador. Los datos temporales que se toman como referencia son que el procedimiento sancionador se inicia por Acuerdo de 10 de junio de 2011, por lo que el término final del procedimiento -de 18 meses de duración- era el 10 de diciembre de 2012. Existe una primera suspensión decretada el 17 de noviembre de 2011 y levantada con efectos 4 de febrero de 2012; habiendo estado



suspendido el procedimiento (79 días naturales). Se acuerda una segunda suspensión decretada el 5 de julio de 2012 y levantada con efectos 21 de septiembre de 2012 (79 días naturales). Aplicados esos días naturales de suspensión al término final del procedimiento, el nuevo término final de duración sería el 16 de mayo de 2013. Existe una tercera suspensión decretada el 29 de abril de 2013, levantada con efectos de 18 de mayo de 2013 (19 días naturales).

Pues bien, con arreglo a nuestros criterios expuestos en la tan citada sentencia, sería erróneo sumar los 19 días a la fecha en la que se levanta la suspensión (el 18 de mayo de 2013) y lo procedente es, a tenor de lo dispuesto en el mencionado artículo 12.3 adicionar los días de suspensión al término originario, esto es, sumar al 10 de diciembre de 2012, los plazos de 79 días (primera suspensión), 79 días (segunda suspensión) y 19 días (tercera suspensión). Lo que no cabe extraer de la meritada sentencia -por que no se dice- es que deba prescindirse de esa tercera suspensión de 19 días, que han de adicionarse en la forma descrita. La Sala de instancia a partir de una particular expresión expuesta al final de un razonamiento referido a un supuesto que presentaba singularidades propias, procede a desagregar los plazos de suspensión, concluyendo sobre la caducidad del expediente sancionador. No cabe hacer una lectura de la sentencia de 15 de junio de 2013 fuera de su contexto y extraer una doctrina general que no contiene, en la que se razona al hilo de la secuencia fáctica entonces examinada, que no autoriza a disociar los plazos de suspensión en la forma que lo hace la Sala de instancia. En nuestro pronunciamiento de 15 de junio de 2013 se insiste en la necesidad de respetar lo dispuesto en el artículo 12.3 del Real Decreto 261/2008, que exige adicionar al término del plazo inicial los días de suspensión y se corrige el criterio de la Sala de instancia en cuanto no observa este precepto, refiriéndonos en nuestro pronunciamiento al término del plazo inicial así considerado.

La sentencia recurrida ha realizado una interpretación y aplicación del derecho que infringe los artículos 36, 37 y 38 de la Ley de Defensa de la Competencia en relación con los artículos 12 y 38 del Reglamento de Defensa de la Competencia.

Así, el artículo 36 de la Ley de Defensa de la Competencia y el 38 del Reglamento de Defensa de la Competencia, disponen que el plazo máximo para dictar y notificar la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador por conductas restrictivas de la competencia será de 18 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. De modo que al haberse respetado dicho plazo no debió declararse la caducidad por lo que la sentencia impugnada quebrantó dichos preceptos legal y reglamentario.

De igual forma, el artículo 37 que regula las ampliaciones de los plazos y la suspensión de su cómputo mediante resolución motivada que en el procedimiento examinado por la sentencia recurrida se concretó en la aplicación de los apartados d) primera y segunda suspensión con su correlativo primer y segundo reajuste del día final del plazo ex artículo 12.3 RDC y a) tercera suspensión, con su correlativo reajuste del día final del plazo ex artículo 12.3 RDC del artículo 37.1 de la ley de Defensa de la Competencia. La operación que realiza la Sala es sumar al término final de 10 de diciembre de 2012, los dos primeros tiempos de suspensión, 156 días, arrojando como nuevo plazo el 15 de mayo de 2013. Obvia la tercera suspensión, que es anterior al último día del plazo inicial a pesar de que está dentro del nuevo plazo máximo de 15 de mayo. El nuevo término final del plazo de duración resultaría de la adición al anterior de esos 19 días naturales, esto es, 4 de junio de 2013, de modo que la resolución es de 23 de mayo y se notifica antes del 4 de junio de 2013, y al reajustarse el día final adicionando los días naturales de las tres suspensiones acreditadas como señalan estos preceptos legal y reglamentario, la resolución recurrida se adopta y se notifica antes de que haya transcurrido el plazo legal, razón por la que no cabe apreciar la caducidad del expediente sancionador que la Sala erróneamente declara y es infractora de la norma jurídica.

OCTAVO.- Al no haber interpretado correctamente la caducidad la sentencia deberá ser casada, lo que determina que esta Sala haya de resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate (artículo 95.2 de la Ley Jurisdiccional). Y dado que la Audiencia Nacional no ha examinado las alegaciones sobre caducidad vertidas en la demanda, nos corresponde iniciar el examen de la argumentación de la caducidad en la forma en la que se planteó en la misma.

Aduce la parte recurrente que al tiempo de dictarse la resolución sancionadora, había caducado el transcurso del plazo máximo previsto en la Ley de Defensa de la Competencia para dictar y modificar dicha resolución. Eso es así -según expone la actora- por las siguientes razones:

- Porque la autoridad valenciana de defensa de la competencia acordó la incoación de un expediente sancionador, y aún cuando posteriormente decidió su archivo con la subsiguiente remisión de las actuaciones a la CNC, por considerar competente a este órgano estatal, lo que debió haber hecho la autoridad autonómica no era acordar el archivo del expediente que ella misma había incoado, sino suspenderlo;



-Porque, en estrecha relación con lo que se acaba de apuntar, el procedimiento incoado por la CNC es continuación del incoado por la Autoridad de competencia autonómica, de forma que debe entenderse que la CNC no inició un nuevo procedimiento sino que continuó el anteriormente incoado por la Autoridad de competencia valenciana;

-Y porque la CNC se excedió en sus atribuciones al abrir un nuevo período de tiempo de información reservada, dado que la funcionalidad propia de tal trámite había quedado cumplida con las investigaciones realizadas por la autoridad de competencia autonómica.

Alega, en fin, la actora que la desproporcionada -sic- duración del procedimiento sancionador ha producido una vulneración de su derecho de defensa y del derecho a la tutela judicial efectiva.

Ninguna de estas alegaciones puede ser acogida. Ante todo, lo que la Autoridad autonómica acordó, como la propia demandante no puede dejar de reconocer, fue, con toda evidencia, no una suspensión del procedimiento sino su archivo; el cual, por cierto, no consta que fuera discutido por la ahora demandante ni en cuanto a su procedencia ni en cuanto a su calificación como tal.

De cualquier forma, resulta lógico que se acordara el archivo del expediente y no su suspensión, pues la CNC no actúa, en casos como este, como simple continuador de la tramitación de un expediente ya incoado por un organismo distinto, sino que una vez recibidas las actuaciones del órgano incompetente dispone de plena independencia de criterio para investigar por sí misma los hechos concurrentes, formar su propio juicio sobre el caso (coincidente o no con el del organismo remitente), y acordar en consecuencia bien la realización de diligencias reservadas de investigación, bien la incoación de un procedimiento, o bien el archivo de lo actuado y remitido.

Las actuaciones que lleva a cabo la CNC no se insertan, pues, en el expediente ya iniciado por el organismo autonómico sino que se configuran como un procedimiento nuevo y distinto, para cuya tramitación y resolución la CNC dispone (como correlato lógico de la independencia de criterio de que goza) de la totalidad del tiempo conferido por la Ley para la instrucción y resolución del expediente sancionador, sin que proceda descontar a tal efecto el tiempo que anteriormente desarrolló sin tener competencia para ello (cuestión distinta, que en este caso no se ha problematizado y que ahora sólo cabe apuntar a título de hipótesis, es que el período de tiempo sobrevenido en las actuaciones desarrolladas por el organismo incompetente pudiera determinar eventualmente la prescripción de la infracción).

Por lo demás, no se alcanza a comprender cómo, por qué o en qué medida la duración del procedimiento ha infringido el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva, pues ha podido promover cuantas impugnaciones judiciales ha tenido por convenientes, y si no lo ha hecho es porque no lo ha estimado oportuno. En cuanto a la también aducida infracción del derecho de defensa, tampoco se alcanza a comprender por qué se ha vulnerado por obra de la duración del procedimiento, pues lo cierto es que no se ha aducido ni consta que se hayan cercenado sus posibilidades de formular alegaciones y proponer pruebas en su descargo tantas veces como ha tenido ocasión para hacerlo de acuerdo con la normativa rectora del procedimiento concernido.

NOVENO. - En cuanto al fondo litigioso, la sociedad recurrente denuncia la errónea interpretación y calificación de los hechos, la vulneración de los principios de tipicidad, legalidad y presunción de inocencia. En el desarrollo argumental de la demanda alega que la resolución analiza varias conductas supuestamente ilícitas llevadas a cabo por las empresas sancionadas entre el 16 de febrero de 2008 y el 5 de mayo de 2011, que califica como una infracción única por: (i) la aplicación de costes financieros a clientes en caso de pago aplazado, medida que supuso trasladar a sus clientes parcialmente dichos costes (ii) el intercambio regular sobre morosidad (iii) el intercambio de información y establecimiento de descuentos máximos de venta para determinados productos de determinadas marcas y (iv) otros intercambios de información comercial sensible.

En opinión de la sociedad recurrente no concurren los requisitos de la disposición adicional cuarta de la LDC, pues de la información obrante en el expediente no se desprende que dichas conductas respondían a un plan conjunto ideado por los almacenistas cuyo fin era la homogeneización de la política comercial de las partes o fijación de precios, y no concurrían los dos factores esenciales para que exista un acuerdo conjunto. Aduce la ausencia de identidad de las empresas participantes en los diferentes encuentros y el hecho de que cada conducta perseguía un objeto concreto y distinto, a lo que añade que la finalidad de algún intercambio puntual era favorecer el saneamiento del mercado y mejorar la seguridad del tráfico mercantil. Falta también -según se indica en la demanda- la acreditación de que los encuentros tuvieran un carácter secreto, al ser perfectamente conocidos por el sector, como se reconoce en la resolución sancionadora.

Debemos, pues, examinar las alegaciones que se refieren al núcleo sustantivo de la controversia, la existencia de la infracción y cuantía de la sanción.



Pues bien, las conductas en las que se concreta la infracción, se sintetizan en la resolución de la CNC impugnada y consisten en que una serie de suministradores de material de saneamiento y fontanería, en su mayoría establecidos en la zona de Levante, como la recurrente Suministros Marval, mantuvieron una serie de contactos para hacer frente a los problemas de retraso en los pagos y morosidad que se plasmaron en un acuerdo para intercambiar información y aplicar de manera coordinada determinados recargos financieros a sus clientes, importes y forma de llevarlos a efecto. A raíz de una primera reunión celebrada el 21 de julio de 2008 se produce el intercambio de información comercial entre las empresas con el fin de consensuar el importe máximo de los descuentos en determinados productos, acuerdos que efectivamente se llevaron a la práctica. A su vez, en estas reuniones se intercambió información sobre morosidad, descuentos máximos en la venta de productos y otras informaciones comerciales, llegando a la creación de una plataforma informática «Gest-rec», una aplicación de información encriptada de uso compartido que tenía como finalidad que cada operador pudiera recoger y depositar información a compartir con el resto de operadores adscritos al programa. Se acordó de igual modo la puesta en práctica de las medidas y el control de su ejecución.

La resolución de la Comisión Nacional de la Competencia a partir de la acreditación de la existencia de contactos directos entre competidores con el fin de intercambiar información comercial relevante y en última instancia coordinar su comportamiento competitivo en materia comercial, considera que ha existido una conducta infractora única y continuada por la que sanciona a las empresas participantes, entre ellas, la aquí recurrente.

El planteamiento de la sociedad recurrente no puede ser acogido, pues las alegaciones sobre la inexistencia de un acuerdo contrario a la LDC por tratarse de un mero intercambio puntual y limitado sobre la morosidad con el fin dirigido a la mejora del tráfico mercantil y las condiciones comerciales resultan infundadas a la vista de los hechos que han resultado probados en el expediente sancionador, de los que deriva la existencia de un acuerdo en el que participó Suministros Marval con la finalidad de intercambiar información comercial y coordinar su comportamiento competitivo en materia de descuentos de productos y para trasladar a los clientes los recargos en operaciones de pago aplazado.

El alegato de la aquí recurrente resulta desvirtuado a través de los abundantes datos obrantes en el expediente sancionador, que incluye el reconocimiento de los hechos por parte de Suministros Marval. La constatación de que los acuerdos sobre el intercambio de información y la aplicación de los recargos financieros han sido efectivamente seguidos por las mercantiles, que han repercutido a los clientes los costes de financiación variables con arreglo al plazo de pago de 30, 60, 90 días, se plasmaron en sendas circulares emitidas por las diferentes sociedades imputadas. En particular, por Suministros Marval, que en su circular remitida a sus clientes (facilitada por ASEIF) obrante a los folios 14, 236 y 237 del expediente, indica que a partir del 15 de julio facturarán por el concepto de «coste financiero directo» los porcentajes acordados con un incremento de medio punto por cada 30 días de plazo, siendo a los 60 días, el 0,5%, a 90 días, el 1% y a 120 días el 1,5%. De igual modo Suministros Marval realizó el intercambio de información con los demás integrantes del cártel sobre descuentos, morosidad y política de recargos a través de reuniones, correos electrónicos y con la remisión de plantillas uniformes con la información individual por fabricante y producto, a través de la plataforma «Gest-rec».

En fin, la tesis de la parte demandante de que se trata de un mero instrumento para la gestión de la morosidad resulta contradicha por la abundante prueba documental obrante en el expediente administrativo que permite la constatación de que existía un acuerdo de las empresas integrantes del cártel sobre intercambio de información comercial sensible y la puesta en práctica de las condiciones homogéneas de descuentos máximos y recargos en operaciones de pago aplazado, con aptitud para afectar a la competencia.

En la resolución sancionadora se exponen con detalle y rigor los distintos elementos probatorios ponderados como el reconocimiento de la sociedad recurrente de que mantuvo contactos y encuentros con competidores entre los años 2008 y 2009, su asistencia a la reunión de 21 de diciembre de 2009 y la prueba de que estaba activo en la plataforma informática «Gest-rec» hasta febrero de 2011 (apartado 410 hecho probado 3.2) conjunto documental probatorio objetivo que permite alcanzar la conclusión de que la sociedad Suministros Marval participó en el acuerdo reseñado, en la forma que se describe en el fundamento jurídico quinto de la resolución impugnada, estando estas apreciaciones de la CNC, basadas en dicha prueba, debidamente razonadas. En lo que se refiere a la participación en la reunión celebrada en febrero de 2011, su intervención se deduce de la documental reseñada por la CNC en la que figura la referencia explícita de Suministros Marval como miembro activo del cártel y en cuanto al carácter secreto o no de los acuerdos, cabe aquí recordar que como indica la CNC el concepto de "secreto" se valora en relación con el contexto y con los medios empleados bien para asegurar la ejecución de los acuerdos, bien para garantizar la continuidad de los contactos y los intercambios de información.

En fin, y en lo que se refiere a que la conducta se encontraba amparada por la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, reformada por la ley 15/2010, de 5 de julio, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad, es claro, como bien razona la CNC, que en ningún caso esta norma puede amparar que una serie de competidores coordinen su comportamiento competitivo para imponer a los clientes recargos ligados al plazo. Con arreglo a lo expuesto, cabe concluir que tal y como afirma la resolución administrativa impugnada, la conducta examinada es constitutiva de infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989 de 17 de julio, de Defensa de la Competencia .

DÉCIMO.- En el apartado segundo de la demanda la parte actora sostiene la falta de motivación de la resolución de la CNC por no valorar la «aptitud» de la conducta enjuiciada para restringir la competencia. Afirma la mercantil Suministros Marval que la resolución sancionadora debería haber considerado las concretas circunstancias del mercado de venta al por mayor de materiales de fontanería y saneamiento y en particular, el limitado poder de negociación de los suministradores para valorar adecuadamente si las conductas investigadas tenían por objeto o efecto restringir la competencia.

La alegación no puede ser acogida pues, la resolución de la CNC se refiere de forma explícita a la aptitud de la conducta analizada para restringir la competencia, y así se razona sobre los acuerdos y contactos entre competidores que «conocen el tipo de descuento que sus competidores directos están dispuestos a ofrecer a sus clientes, lo que reduce la incertidumbre competitiva, falseando la competencia intramarca, que se pretendía extender a terceros». El fundamento jurídico quinto del acuerdo de la Comisión Nacional de la Competencia expone unas consideraciones de las que conviene ahora destacar los siguientes aspectos:

« Los acuerdos analizados tienen aptitud restrictiva porque, primero y directamente, mediante tales contactos y acuerdos los competidores conocen el tipo de descuento que sus competidores más directos están dispuestos a ofrecer a los clientes, lo que reduce la incertidumbre competitiva, falseando la competencia intramarca. Esta aptitud se ve reforzada por el hecho de que las empresas involucradas trataban de extenderlos a terceros almacenistas.

Segundo, con su conducta estas empresas también pueden afectar a la competencia intermarca. Distribuidores -que pueden suponer un porcentaje significativo de las ventas de un fabricante en una zona- hacen un frente común para intercambiar información con él y proponerle una estrategia que, en definitiva, puede elevar los precios para el consumidor final. En la medida en que lo hacen con diversos fabricantes significativos a la vez, generan un intercambio de información comercial sensible sobre las estrategias de unos y otros y pueden favorecer un alineamiento de comportamientos.

Tercero, incluso sin la participación en ella de los fabricantes, esta estrategia tiene aptitud para debilitar la competencia en la medida en que los distribuidores - multimarca o no- alinean los descuentos de los diferentes productos en detrimento de la rivalidad en precios.

De hecho,, hay prueba en el expediente de que las partes conocían que este tipo de acuerdos tiene un carácter ilícito y que debían llevarlos a cabo en secreto (párrafos 335, 336, 342-343, 358, 361, 398, 399, 404 del hecho Probado 3.2), lo que revela el carácter doloso de la conducta.

En opinión del Consejo, la naturaleza de esta conducta única y continuada sólo puede calificarse como restrictiva de la competencia. las empresas, al intercambiar información sensible sobre sus estrategias comerciales y adoptar acuerdos sobre variables relacionadas con el precio han afectado a su capacidad como a su incentivo a conducirse de manera autónoma en el mercado a la hora de determinar sus políticas comerciales, lo cual tiene aptitud para falsear la competencia en el suministro de piezas y material de saneamientos y fontanería. En definitiva, se ha producido una coordinación de comportamiento competitivo entre empresas rivales, coordinación que tiene una naturaleza claramente restrictiva de la competencia.»

Con arreglo a lo razonado, no puede ser acogido como argumento para impedir la aplicación del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia . El intercambio de información comercialmente sensible entre competidores conlleva un efecto anticompetitivo, pues el conocimiento de los datos respecto a los competidores permite la adopción de ciertas estrategias menos inseguras en cuanto a sus efectos y debilitan la competencia y los acuerdos sobre descuentos y recargos inciden en los precios para el consumidor final. Las conductas sancionadas, desde luego, son idóneas y presentan aptitud para distorsionar la competencia sobre la variable de precios en una parte del territorio nacional al reducir la incertidumbre del comportamiento de los competidores en el mercado, apreciación que no es eficazmente combatida en las alegaciones de la parte recurrente que discrepa de la valoración de los efectos y el alcance de las conductas a ella imputadas. Tampoco cabe admitir que en lo que se refiere a los plazos de pago opere la exención invocada, pues, como ya hemos indicado, no cabe amparar la conducta analizada en la finalidad de reducir los plazos de pago abusivos ni en el cumplimiento de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, -reformada por la Ley 15/2010-, sobre medidas de lucha contra la morosidad, que se limita a imponer, en su defecto, un plazo máximo de pago para el deudor en



las operaciones comerciales. En consecuencia, la conducta enjuiciada constituye objetivamente una actuación deliberada susceptible de dificultar y restringir la competencia.

UNDECIMO. - Con carácter subsidiario, se alega que la resolución debería haber aplicado el artículo 5 de la LDC conforme a los principios de legalidad y tipicidad, argumentando a tal efecto que dichas conductas no son susceptibles de restringir la competencia en el mercado relevante, atendidas las circunstancias y el contexto económico del mercado así como la reducida cuota de mercado de las empresas encausadas. Añade a lo anterior que concurren los requisitos exigibles y que «la doctrina ha señalado que la existencia de una restricción por objeto, de las previstas en el artículo 2 RDC, constituye únicamente una "presunción de ilicitud", sin que ello impida declarar la existencia de una conducta de menor importancia si se comprueba que no tiene efectos restrictivos sobre el mercado en virtud del artículo 3 RDC» y que entre los criterios que pueden ser tenidos en cuenta para valorar si una restricción es de escasa importancia, se señalan la duración de la conducta, la cifra relativa del negocio afectado por el acuerdo o una cuota muy reducida del mercado. Y termina indicando que «la cuota conjunta de los almacenistas sancionados no alcanza ni siquiera el 5%, hecho que no ha sido contradicho en la resolución sancionadora, por lo que no se aproxima al 10% del mercado relevante».

Pues bien, la alegación sobre la existencia de un acuerdo de *minimis* o de menor importancia por no alcanzar la representatividad de las empresas encartadas el 10% al que se refiere el artículo 1 del Real Decreto 261/2998 no puede ser acogida. Lo dispuesto en el artículo 2 del mencionado Real Decreto 261/2008, impide que la referida exención pueda ser considerada en supuestos como el contemplado. Dispone el artículo 2 del mencionado Real Decreto que «no se entenderán de menor importancia la conducta entre competidores que tengan como objeto, directa o indirectamente, de forma aislada o en combinación con otros factores controlados por las empresas partícipes a) la fijación de precios de venta de los productos a terceros», precepto cuya dicción determina que no sea aplicable en el caso de autos, en el que se produce un acuerdo entre competidores que representan un porcentaje elevado de las ventas de productos en una determinada zona del territorio nacional que constituyen un cártel, tal como se razona por la CNC en la resolución sancionadora.

DUODÉCIMO - Finalmente y también con carácter subsidiario, se alega que la resolución ha infringido los principios informadores de la potestad sancionadora administrativa. Argumenta la parte que de acuerdo con el artículo 63.1 c) LDC las infracciones muy graves serán sancionadas hasta un 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior a la imposición de la multa y que la multa impuesta que se eleva a 608.119 Euros resultaría contraria a los principios informadores de la potestad sancionadora por (i) exceder del límite legal del artículo 63 LDC (ii) por infringir el principio de proporcionalidad, pues con arreglo al artículo 64.3 LDC la duración de la conducta de Marval y la falta de culpabilidad e intencionalidad, la CNC debería haber aplicado determinadas circunstancias atenuantes para determinar el importe de las multas: 1) la participación pasiva y limitada de Marval, 2) la grave crisis que afecta al sector y 3) la capacidad contributiva de Marval. (iii) Por último se aduce que la sanción impuesta resulta desproporcionada.

Pues bien, discute la parte recurrente la no apreciación por la CNC de las circunstancias de atenuación reseñadas, consistentes en su participación pasiva y limitada en las conductas imputadas que debía determinar la reducción de la multa con arreglo a lo dispuesto en el artículo invocado. El alegato no puede ser acogido pues en realidad la sociedad actora se limita a formular una serie de subjetivas consideraciones sobre el alcance de su participación en las conductas acreditadas tanto en su desarrollo en el tiempo, como en lo que se refiere al intercambio de información e implementación de los recargos: No obstante, tales alegaciones se contradicen con los hechos relatados en la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia y la concreta intervención en los hechos de Suministros Marval, que no puede considerarse de carácter meramente secundaria. La misma suerte desestimatoria ha de seguir la atenuación que se sustenta en la situación de grave crisis económica del sector de saneamiento y fontanería y la capacidad contributiva de Marval. El argumento que se basa en la crisis económica no puede acogerse, porque no reviste la suficiente entidad para incardinarse en los criterios de graduación establecidos en el artículo 64 de la Ley de Defensa de la Competencia, a los efectos de comportar la modulación de la responsabilidad de la recurrente, siendo así que tampoco presentan relevancia los referidos a la capacidad contributiva de Suministros Marval, que sostiene que es una empresa familiar de pequeño tamaño que solo cuenta con dos centros expositivos a las afueras de Valencia y la evolución negativa de sus cifras de negocios, pues no puede obviarse que la resolución impugnada no se hayan valorado las concretas circunstancias de la sociedad, cuyos datos económicos pondera.

Por lo demás, al haberse determinado la cuantificación de la sanción con arreglo a los criterios de la Comunicación de la CNC de 6 de febrero de 2009, procede reproducir las consideraciones expuestas en la sentencia de esta Sala de 29 de enero de 2015, dictada en el recurso de casación número 2872/2013. Los razonamientos jurídicos que se contienen en los fundamentos quinto a noveno de esa sentencia son del siguiente tenor:



«(...) - La interpretación del artículo 63.1 de la Ley 15/2007 según los criterios hermenéuticos usuales en Derecho conduce a esta Sala a concluir que los porcentajes fijados como límites superiores de las posibles multas (esto es, el uno, cinco o diez por ciento del "volumen de negocios total de la empresa infractora", según se trate de infracciones leves, graves o muy graves respectivamente) 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. La preposición "hasta" -que se repite por tres veces, una para cada porcentaje, en el artículo 63.1 de la Ley 15/2007- denota el término o límite máximo del volumen de ventas utilizable a efectos del cálculo de la sanción (dejamos al margen, por el momento, el significado del adjetivo "total" aplicado al sustantivo "volumen de negocios").

Esta es una interpretación que seguramente no plantearía problemas desde la perspectiva del derecho nacional si no fuese por la incidencia de un elemento externo -el artículo 23, apartado 2, párrafos segundo y tercero, del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (en lo sucesivo, Reglamento 1/2003)- al que más tarde haremos referencia. Responde a lo que es usual en las normas sancionadoras administrativas, en las que el legislador fija un intervalo (un espacio entre dos valores, uno máximo y otro mínimo) de las sanciones pecuniarias posibles, bien haciéndolo en términos fijos (multa de 1 euro hasta x euros) bien en términos porcentuales (multa del correspondiente tanto por ciento, desde 0 hasta x, de una determinada magnitud, sea ésta el volumen de negocios de la empresa, la cantidad tributaria defraudada, el contenido económico de la operación de blanqueo de capitales detectada, u otras similares).

Desde esta perspectiva cada uno de los porcentajes máximos establecido por el artículo 63.1 de la Ley 15/2007, en función de la calificación de la conducta como infracción leve, grave o muy grave, tiene la misma naturaleza, lo que revela -junto con el resto de consideraciones que hacemos- la debilidad del argumento que emplea el Abogado del Estado cuando sostiene que uno de ellos (el diez por ciento) no ha de ser tomado en consideración para el cálculo de las sanciones sino como factor de moderación a posteriori, esto es, una vez calculadas éstas. Para el Abogado del Estado aquel porcentaje operaría únicamente como límite extrínseco, como "un umbral máximo que, cualquiera que sea el proceso de cálculo empleado, la sanción finalmente impuesta no podrá superar". La finalidad de este límite del diez por ciento sería, a su juicio, la de evitar que "la imposición de la multa convierta en inviable el negocio o la actividad de la empresa, lo que haría perder su finalidad al ejercicio de la potestad sancionadora en dicho ámbito, por cuanto la desaparición de una empresa en cierto sector en nada ayuda a la competencia en el mismo". El argumento del Abogado del Estado, sin embargo, no parece ser aplicable a los otros dos límites porcentuales (el uno y el cinco por ciento) pues difícilmente una multa cuyo máximo fuera equivalente al uno por ciento del volumen de negocios podría desencadenar aquellos efectos.

Si partimos, como premisa, de que los porcentajes empleados por la legislación española para las infracciones leves y graves (el uno y el cinco por ciento) tienen, en la configuración normativa del artículo 63.1 de la Ley 15/2007, el mismo significado y carácter que el diez por ciento para las infracciones muy graves, la tesis del Abogado del Estado que acabamos de exponer -y que coincide con la que asume la Comunicación de 6 de febrero de 2009, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea, actuales 101 y 102 del TFUE - dicha tesis, decimos, no resulta aceptable.

La cuantificación de las sanciones por infracción de la normativa de competencia llevada a cabo según las pautas de la Comunicación de 6 de febrero de 2009 implica en un primer momento fijar el "importe básico de la sanción" sin sujeción a escala alguna. Puede emplearse como valor base un porcentaje incluso del treinta por ciento del volumen de ventas afectado por la infracción. A esta cifra se le aplica, además, ulteriormente un "coeficiente de ajuste" según las circunstancias agravantes o atenuantes que se aprecien, lo que permite que por cada una de las agravantes -que pueden ser, obviamente, varias- se aumente el importe básico en un porcentaje adicional de entre un cinco y un quince por ciento. Y sólo en una tercera fase se ajusta, "cuando proceda", la cantidad así obtenida a los límites fijados en el artículo 63 de la Ley 15/2007. El método implica, en una 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 diez por ciento del volumen de negocios.

Pues bien, este método de cálculo podrá ser aceptable en aplicación del artículo 23 del Reglamento 1/2003 para las sanciones que impone la Comisión Europea (a ello nos referiremos acto seguido) pero no se aviene con la norma legal española. El artículo 63 de la Ley 15/2007 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. Se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica. Cada uno de esos tres porcentajes, precisamente por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora aplicable a la infracción

más reprochable de las posibles dentro de su categoría, han de servir de referencia para, a partir de ellos y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones.

El Abogado del Estado defiende, por el contrario, que el límite del diez por ciento actúa únicamente como ulterior "umbral de nivelación" de la sanción ya definida. Con esta expresión (que, por lo demás, no figura en el Reglamento 1/2003 aunque sí en la versión en español de algunas sentencias del Tribunal de Justicia) se quiere identificar lo que hemos denominado "límite extrínseco" aplicable a las sanciones, una vez fijada previamente la cuantía "apropiada" de éstas según el método de cálculo que hace suyo la Comunicación de la Comisión Nacional de Competencia. Dejaremos aparte el hecho de que, en castellano, el término "umbral" no tiene el significado que se emplea en el recurso: umbral es la parte inferior o escalón contrapuesto al dintel, en la puerta o entrada de una casa, o, según su tercera acepción registrada, el "valor mínimo de una magnitud a partir del cual se produce un efecto determinado", no un valor máximo. Pero tal límite extrínseco, repetimos, no se contiene en la Ley española aunque sí lo haga en el Reglamento 1/2003.

Incluso si admitiéramos -a efectos dialécticos, pues ya hemos rechazado esta interpretación- que el porcentaje del diez por ciento constituye en la Ley 15/2007 un mero "umbral de nivelación", el problema de la inexistencia de unos valores mínimo y máximo para fijar previamente la multa seguiría subsistiendo. La existencia en nuestro ordenamiento de este tipo de límites ulteriores presupone que las respuestas sancionadoras han sido previamente determinadas, e individualizada la pena, conforme a las reglas legales y las exigencias constitucionales de taxatividad en el derecho punitivo. Por poner un ejemplo fácilmente comprensible, las penas privativas de libertad han de imponerse en función de los años de prisión que marquen los tipos correspondientes, no al margen de éstos. Y sólo después, en ciertos casos, la Ley fija un "límite máximo" excepcional, o cláusula de cierre, de "cumplimiento efectivo", de modo que condenas válidamente impuestas, según las pautas legales, a decenas o cientos de años queden ulteriormente "limitadas" (artículo 76 del Código Penal) a sólo cuarenta, por ejemplo. Pero la limitación, repetimos, opera una vez que las sanciones penales han sido fijadas conforme a las reglas legales que marcan los máximos y mínimos del tiempo de prisión aplicable a cada delito. No cabría en nuestro Derecho punitivo que esta operación, anterior a la de aplicar la cláusula de cierre, se llevara a cabo sin la existencia de un precepto legal que previera el máximo de la propia sanción.

El ejercicio, por las autoridades de competencia como por el resto, de las potestades administrativas sancionadoras no puede olvidar que éstas se enmarcan en un contexto jurídico determinado, el constituido por los principios del Derecho sancionador, sin que consideraciones de otro tipo puedan prevalecer sobre las exigencias que constriñen aquel ejercicio. El conocimiento de aquellos principios y de las técnicas generales de aplicación de las normas de carácter punitivo se revela, en este contexto, como particularmente necesario. Y, en este mismo sentido, aunque las multas administrativas tengan sus propias notas conceptuales, no está de más recordar que las sanciones pecuniarias establecidas -también en el caso de las personas jurídicas- para los delitos tipificados en el Código Penal tienen igualmente unos máximos y mínimos que predeterminan la extensión de cada una, de modo que los jueces y tribunales han de imponer motivadamente las multas dentro de los límites fijados para cada delito. La predeterminación normativa de los máximos y mínimos de las multas, tanto penales como administrativas (y sean aquéllos fijos o porcentuales respecto de ciertas magnitudes), a los efectos de individualizar su cálculo bien puede considerarse un principio común insoslayable del Derecho sancionador.

En un análisis sistemático esta interpretación viene reforzada si atendemos a la coherencia del sistema punitivo en su conjunto. Las conductas más próximas a las restrictivas de la competencia que el legislador considera de mayor reprochabilidad son, como resulta lógico, las que él mismo incluye y tipifica en el Código Penal, cuyo artículo 284.1 sanciona a quienes "empleando violencia, amenaza o engaño, intentaren alterar los precios que hubieren de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores o instrumentos financieros, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación". Se trata de conductas contrarias a la libre concurrencia cualificadas por el añadido de la violencia, la amenaza o el engaño. Pues bien, de conformidad con el artículo 288 del Código Penal , cuando una persona jurídica sea responsable del delito tipificado en el artículo 284 le corresponderá una "multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad" o una "multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos". El sistema de multas-período de tiempo, a su vez, para el caso de las que se pueden imponer a las personas jurídicas tiene como base una cuota diaria con un mínimo de 30 y un máximo de 5.000 euros.

Si traemos a colación estas referencias es por corroborar que en el Derecho sancionador español incluso las sanciones pecuniarias que corresponden a las conductas contrarias a la libre concurrencia más graves (las delictivas) tienen previstas en la Ley una escala o intervalo de valores mínimos y máximos dentro del cual se ha de individualizar la respuesta punitiva. Es cierto que en el caso de las personas jurídicas las penas por estos delitos no se limitan a las pecuniarias (atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 del Código

Penal, según dispone el artículo 288.2 de éste) pero lo relevante a los efectos que aquí importan es la necesaria -y constante- predeterminación legal de las cifras mínimas y máximas, fijas o porcentuales, dentro de las cuales han de imponerse las multas.

SEXTO.- Avanzábamos en el fundamento de derecho precedente que la interpretación del artículo 63.1 de la Ley 15/2007 que acogemos es la que "naturalmente" dimana de su tenor y del sentido de las escalas de multas máximas y mínimas, además de tratarse de la seguida en nuestro derecho sancionador tanto administrativo como (a fortiori) penal. El intento -por parte de la Comisión Nacional de Competencia y del Abogado del Estado- de armonizar la aplicación de las normas nacionales de defensa de la competencia con las de la Unión Europea, cuando las conductas infractoras lo son simultáneamente de aquéllas y de los artículos 101 y 102 del TFUE, puede explicar -pero no justifica- que hayan optado por no acoger dicha interpretación y la sustituyan por el empleo del método de cálculo de las multas utilizado por la Comisión Europea para las sanciones pecuniarias que esta institución impone al amparo del Reglamento 1/2003, método de cálculo que la Comisión Nacional de Competencia y el Abogado del Estado parecen entender preceptivo y aplicable directamente por las propias autoridades nacionales españolas.

La premisa de la que parte el Abogado del Estado (que refleja, obviamente, la tesis de la Comisión Nacional de Competencia sobre la materia) no es, sin embargo, correcta y lleva razón la tesis mayoritaria de la Sala de instancia también en este punto. Basta para ello recordar que la propia Comisión Europea admite cómo la legislación de la Unión Europea en esta materia (por lo que aquí respecta, el tan citado Reglamento 1/2003) no ha impuesto un modelo uniforme en el diseño de los regímenes nacionales de aplicación de las normas de competencia. Los Estados miembros han de confiar a sus respectivas autoridades de defensa de la competencia la aplicación efectiva de los artículos 101 y 102 del TFUE, pero el Reglamento 1/2003 les otorga (a los Estados) libertad para determinar sus propias sanciones en la aplicación en su territorio de las normas de competencia de la Unión. Como es obvio, dentro de cada Estado el establecimiento y el diseño normativo de estas sanciones nacionales corresponderá, conforme a sus disposiciones constitucionales, al órgano que ostente la competencia legislativa en sentido amplio (propia o delegada), órgano que en nuestro caso no es precisamente la Comisión Nacional de Competencia (actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia).

Siendo cierto, repetimos, que los Estados miembros han de garantizar la ejecución de los artículos 101 y 102 del TFUE bajo los principios generales de efectividad y equivalencia (lo que implica aplicar las mismas normas sustantivas para calificar las conductas que tengan la dimensión y características a las que se refieren ambos), también lo es que ni el Reglamento 1/2003 ni el resto de la legislación de la UE regula o armoniza las cuestiones que atañen a los procedimientos y a las propias sanciones. En otras palabras, la Comisión Europea y las autoridades nacionales de competencia, aun cuando apliquen las mismas normas sustantivas, lo hacen con procedimientos y sanciones que -hasta este momento- no son objeto de una regulación armonizada.

Estas afirmaciones responden, por lo demás, a la interpretación consolidada del artículo 5 del Reglamento 1/2003 que ha hecho suya en reiteradas ocasiones la propia Comisión Europea. Por no citar sino uno de los últimos documentos emanados de esta institución, puede leerse en su Comunicación de 2014 al Parlamento Europeo y al Consejo sobre "Diez años de aplicación de la normativa antimonopolio del Reglamento (CE) nº 1/2003: logros y perspectivas futuras" (documento COM/2014/0453 final) cómo, en palabras de la propia Comisión, "[...] la legislación de la UE no regula ni armoniza las sanciones por incumplimiento de las normas antimonopolio de la UE", afirmación categórica seguida del recordatorio a los Estados miembros para que "velen por que se disponga de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias".

Siendo ello así, queda enormemente relativizado el esfuerzo argumental que lleva a cabo el Abogado del Estado (y, en cierto modo, también la sentencia de instancia en su decisión mayoritaria y en el voto particular) con la ayuda de citas, más o menos fragmentarias, de sentencias del Tribunal de Justicia y del Tribunal General sobre la aplicación del artículo 23 del Reglamento 1/2003. Reconocida la capacidad de los Estados miembros para instaurar su propio régimen de medidas en respuesta a las infracciones de los artículos 101 y 102 TFUE, sin que sobre esta materia haya exigencias de armonización, las sanciones "nacionales" no tienen por qué adoptar ni los parámetros ni los porcentajes ni las nociones (entre ellas la de volumen de negocios) que emplea el artículo 23 del Reglamento 1/2003 para las sanciones impuestas por la Comisión.

Tampoco está vinculado el legislador nacional -y, en esa misma medida, el intérprete de las normas internas- por los "métodos de cálculo" diseñados en las "Directrices de la Comisión Europea para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) nº 1/2003" respecto de las cuales (más propiamente, de sus antecesoras de 1998) ha afirmado el Tribunal de Justicia que "[...] no constituyen ni una legislación, ni una legislación delegada en el sentido del artículo 290 TFUE, apartado 1, ni la base legal de las multas impuestas en materia de competencia, que se adoptan tomando como único fundamento el artículo 23 del Reglamento nº 1/2003" (apartado 66 de la sentencia de 18 de julio de 2013, asunto C-501/11).



Otra cosa es que el legislador nacional, dentro de su legítimo margen de configuración normativa, hubiera decidido adoptar, de modo expreso y reconocido, las mismas pautas de fijación de las sanciones nacionales que figuran, en términos muy elementales, en el artículo 23 del Reglamento 1/2003 (sin perjuicio de los problemas de constitucionalidad que ello pudiera suponer, a los que inmediatamente nos referiremos). Pese a que en la exposición de motivos de la Ley 15/2007, y con referencia a su título V, existe una alusión a las "tendencias actuales en el ámbito europeo", lo cierto es que la dicción del artículo 63 de la Ley 15/2007 diverge sensiblemente del artículo 23 del Reglamento 1/2003, hasta el punto de que se implanta en aquél la tipología diferenciada de las diversas infracciones (muy graves, graves o leves) y se asigna a cada una de ellas los intervalos correspondientes en términos de porcentajes del volumen de ventas total de los infractores.

La técnica nacional de determinación de multas aparejadas a cada tipo de infracción se aparta, pues, del sistema unitario con que trata las infracciones el artículo 23 del Reglamento 1/2003, precepto que no distingue entre ellas e introduce un solo elemento o factor cuantitativo (el porcentaje del diez por ciento) indistintamente aplicable a todas con la ya dicha función de salvaguarda final ante efectos punitivos en exceso gravosos. Precisamente porque aquel porcentaje es conceptuado desde la perspectiva del Reglamento 1/2003 como "umbral de nivelación" ulterior para modular la incidencia negativa de las multas, una vez calculadas, sobre la economía de las empresas infractoras y evitar su desaparición, no resulta aplicable al sistema diseñado por la Ley 15/2007.

SÉPTIMO.- Las consideraciones que acabamos de hacer nos dispensan de afrontar con mayor extensión las delicadas cuestiones que se suscitarían, desde la perspectiva del respeto a las exigencias constitucionales, si pudiera prosperar -que no puede- la interpretación del artículo 63 de la Ley 15/2007 auspiciada por el Abogado del Estado. A ellas se refiere la Sala de instancia con una serie de argumentos que no consideramos necesario repetir pues, insistimos, la interpretación que llevamos a cabo de aquel precepto es la anteriormente expuesta.

Basta a estos efectos recordar que las garantías constitucionales (artículo 25.1) respecto de la predeterminación de las sanciones administrativas en términos taxativos harían muy difícilmente compatible con ellas un sistema a tenor del cual las sanciones pecuniarias pudieran ser fijadas sin haberse previamente establecido por Ley, y a tales efectos, un intervalo o escala que comprenda la multa máxima. Un sistema que no fijase aquella escala y sólo contuviese una previsión para después atemperar el resultado del cálculo a un límite externo reductor se enfrentaría a serios problemas de compatibilidad con aquellas garantías constitucionales.

En fin, aun cuando se admitiera una cierta colaboración reglamentaria (artículo 129.3 de la Ley 30/1992) para "introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de [...] sanciones establecidas legalmente", que contribuyan "a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes", los reglamentos no podrían en ningún caso alterar la naturaleza o límites de las sanciones que la Ley contempla. Y de modo específico en el caso de las sanciones en materia de defensa de la competencia el Reglamento aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, simplemente no contiene preceptos aplicables a ellas, sin que tampoco se hayan atribuido a la Comisión Nacional de Competencia potestades reglamentarias en la materia, careciendo de esta naturaleza y de carácter vinculante ad extra sus comunicaciones.

En la versión originaria del artículo 10 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, (derogada por la hoy vigente) se establecían "multas de hasta 150.000.000 de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal". Se fijaba de este modo un límite máximo de la escala o intervalo sancionador, dentro del cual el importe de las sanciones pecuniarias debía ser concretado atendiendo a la importancia de la infracción según los factores precisados en el apartado 2 del precepto.

Dado que los criterios de graduación venían referidos en la Ley 16/1989 a una escala que tenía como límite superior aquella cantidad y porcentaje, esta Sala del Tribunal Supremo pudo rechazar el planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad que se nos había solicitado respecto del artículo 10 de la Ley 16/1989 y sentar la doctrina que figura en las sentencias de 8 de marzo de 2002 (recurso de casación número), 6 de marzo de 2003 (recurso de casación número 9710/1997) y ulteriores, doctrina, por cierto, corroborada por la sentencia constitucional 175/2012, de 15 de octubre de 2012, recaída en el recurso de amparo interpuesto frente a una de aquéllas (la de 3 de febrero de 2009, dictada en el recurso de casación número 3073/2006). No es correcto aducir las referidas sentencias como si de ellas se pudiese validar la tesis favorable al carácter de "umbral de nivelación" del porcentaje del diez por ciento.

OCTAVO.- Debemos afrontar a continuación las cuestiones que se suscitan en el recurso sobre la interpretación del mismo precepto (artículo 63.1 de la Ley 15/2007) en cuanto contiene la expresión "volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa".

Sobre dicha base o volumen se aplican, ya ha quedado expuesto, los porcentajes del uno, el cinco o el diez por ciento para fijar el límite superior de la escala sancionadora según la levedad, gravedad o mayor gravedad de las



infracciones, respectivamente. Como bien afirma el tribunal de instancia, no hay problemas respecto al elemento temporal de aquella magnitud, dada la claridad del precepto en este punto: el año o ejercicio de referencia es el inmediatamente anterior a aquel en que se dicta la resolución sancionadora.

La Sala de instancia se plantea el problema interpretativo de "determinar si el volumen de negocios lo es en todas las actividades económicas, tengan o no relación con la infracción, que realice la empresa infractora". Y, atendidos los criterios de proporcionalidad, finalidad represiva de la norma y "ámbito de vulneración", concluye que "[...] el volumen de negocios total sobre el que ha de aplicarse el porcentaje para determinar la cuantía de la multa, ha de venir referido al ámbito de actividad económica de la empresa, en el que se ha producido la infracción, esto es, al ámbito del mercado directa o indirectamente afectado por la infracción".

Aun reconociendo que la tesis mayoritaria de la Sala de instancia tiene una base argumental no desdeñable, nuestra interpretación del artículo 63.1 de la Ley 15/2007 está más en la línea del voto discrepante, que hace suya el Abogado del Estado como base de esta segunda parte del recurso de casación. Ello determinará su estimación, limitada a este punto, y la subsiguiente revocación de la sentencia con ese mismo alcance.

Comenzaremos por subrayar que en la interpretación de las normas legales, cuando éstas incorporan sus propias opciones de política legislativa, los tribunales deben respetar -salvo que incluyan elementos de inconstitucionalidad- los juicios o consideraciones, explícitas o implícitas, que el propio legislador haya efectuado sobre la proporcionalidad de aquellas opciones. Es la ley la que marca, por ejemplo, los valores máximos y mínimos de la escala de multas y, repetimos, salvo que en esos valores o porcentajes se pudieran apreciar factores que induzcan al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, el juicio de proporcionalidad que incorporan los correlativos preceptos ya queda hecho por el propio Legislador y a él hay que atenerse. Criterio extensible al resto de elementos configuradores del precepto, entre ellos el que define el volumen de negocios de la empresa en términos de "totalidad".

La utilización de una magnitud como el "volumen de negocios" para fijar porcentualmente, en función de ella, el máximo de las sanciones pecuniarias no es, a nuestro juicio, susceptible de reproche de inconstitucionalidad tanto si se aquella expresión se interpreta en un sentido (el de la mayoría de la Sala) como en otro (el del voto minoritario). Se trata de un factor expresivo de la capacidad económica del sujeto infractor y, en esa misma medida, apto para deducir de él la intensidad de la respuesta sancionadora en que consiste la sanción pecuniaria. El legislador tiene una amplia capacidad de configuración normativa para elegir aquel factor como módulo de referencia en el cálculo de las multas, al igual que podría haber optado por otros (por ejemplo, el beneficio obtenido a consecuencia de la infracción).

El volumen o cifra de negocios (o de facturación, o de ventas) es un dato o indicador contable que revela, repetimos, la capacidad y situación económica del sujeto infractor y, en esa misma medida, permite calcular a priori la máxima incidencia concreta que una sanción pecuniaria puede suponer para él. A la "situación económica del culpable" se refieren asimismo los artículos 50 y 52 del Código Penal a los efectos de la imposición de las multas. Y en cuanto factor de cálculo es también utilizado en otros sectores del derecho administrativo sancionador, como es el caso de ciertas infracciones tributarias (aun cuando atemperado por unos topes máximos adicionales, por ejemplo en el artículo 203 de la Ley General Tributaria que sanciona determinados comportamientos de resistencia, obstrucción, excusa o negativa a las actuaciones de la Administración tributaria con "multa pecuniaria proporcional de hasta el dos por ciento de la cifra de negocios del sujeto infractor en el año natural anterior a aquél en que se produjo la infracción, con un mínimo de 10.000 euros y un máximo de 400.000 euros").

Partiendo de la premisa que acabamos de enunciar, compete al legislador decidir si el "volumen de negocios" sobre el que debe aplicarse el porcentaje máximo de la escala sancionadora es, en el caso de las empresas con actividad en varios mercados, bien el global o "total", bien el parcial correspondiente a uno o varios de sus ámbitos de actividad económica. De hecho, en algún precedente significativo el propio legislador cambió la norma sectorial sancionadora para pasar, intencionadamente, de uno a otro: el artículo 82.1.a) de la Ley General de Telecomunicaciones de 1998 (Ley 11/1998) fijaba como importe de la sanción pecuniaria para las infracciones muy graves "el 1 por 100 de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio". Dicho artículo fue derogado por la nueva Ley 32/2003 cuyo artículo 56.1.a) precisamente modificó el cómputo de los ingresos brutos de la entidad infractora, cifra sobre la que se aplica el porcentaje máximo del uno por ciento para fijar el importe de la sanción, atendiendo desde entonces a los ingresos obtenidos por la entidad infractora tan sólo "en la rama de actividad afectada".

La expresión "volumen de negocios" no es en sí misma conceptualmente diferente de la expresión "volumen de negocios total", como se ha destacado con acierto. Sin embargo, cuando el legislador de 2007 ha añadido de modo expreso el adjetivo "total" al sustantivo "volumen" que ya figuraba, sin adjetivos, en el precepto análogo de la Ley anterior (así ha sucedido con el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 frente a la redacción del artículo 10.1 de



la Ley 16/1989), lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al "todo" de aquel volumen. En otras palabras, con la noción de "volumen total" se ha optado por unificar el concepto de modo que no quepa distinguir entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad de la empresa autora de la infracción. Voluntad legislativa acorde con esta interpretación que, como bien recuerda el voto particular, rechazó las propuestas de modificación del texto, expuestas en los trabajos preparatorios de su elaboración, que específicamente intentaban reducir el volumen de ventas a tan sólo las realizadas en el mercado afectado por la infracción.

Se han puesto de relieve en ocasiones ciertas consecuencias "disfuncionales" de esta opción legislativa como serían, entre otras, el suponer un incentivo para la creación artificial de sociedades independientes, limitadas a un único ámbito de actividad, a fin de minimizar el riesgo de sanciones muy elevadas, o, desde la otra perspectiva, un obstáculo indirecto a la creación de grandes conglomerados empresariales que incluyan actividades diversificadas. Pero ni esta objeción ni otras similares que atienden más bien a razones de oportunidad o conveniencia, o a su incidencia en las decisiones de los agentes económicos, bastan para negar la validez de la opción del legislador, cuya expresión en el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 estimamos ha de ser interpretada en el sentido que acabamos de exponer.

Que ello sea así no implica, sin embargo, que la cifra de negocios referida a ámbitos de actividad distintos de aquel en que se ha producido la conducta anticompetitiva resulte irrelevante a los efectos del respeto al principio de proporcionalidad, de necesaria aplicación en el derecho sancionador. Lo es, y de modo destacado, pero en el momento ulterior de individualización de la multa, no para el cálculo del importe máximo al que, en abstracto y en la peor (para el sancionado) de las hipótesis posibles, podría llegarse.

NOVENO.- Esta última consideración conduce por sí sola a la aplicación del artículo 64.1 de la Ley 15/2007 . En él se ofrece a la autoridad administrativa -y al juez en su función revisora de plena jurisdicción- la suficiente cobertura para atender, como factor relevante entre otros, a la cifra o volumen de negocios de la empresa infractora en el sector o mercado específico donde se haya producido la conducta.

En efecto, el artículo 64.1 de la Ley 15/2007 exige que, dentro de la escala sancionadora -interpretada en el sentido que ya hemos declarado- se adecúe el importe de la multa en función de criterios tales como la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, la cuota que dentro de él tenga la empresa infractora y los beneficios ilícitos por ella obtenidos como consecuencia de la infracción. Son criterios, pues, que inequívocamente remiten a la concreta distorsión de la competencia que se haya producido en cada caso, esto es, a la consumada en el seno de un determinado sector o mercado donde opera la entidad sancionada, que puede, o puede no, simultáneamente operar en otros mercados.

Si es válido utilizar el "volumen de negocios total" de la entidad para el cálculo del porcentaje máximo aplicable a la más grave de las conductas posibles, en el caso de las empresas "multiproducto" la evaluación pormenorizada de la concreta conducta infractora, dentro del sector específico de actividad y con arreglo a aquellos criterios, permitirá igualmente atender las exigencias del principio de proporcionalidad en el sentido al que tienden las reflexiones de la Sala de instancia en su parecer mayoritario, esto es, tomando en cuenta aquel elemento junto con el resto de los que incluye el artículo 64.1 de la Ley 15/2007

Esta Sala es consciente de la dificultad que encierra compatibilizar, en un único acto y con las solas reglas contenidas en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 , las exigencias de efectividad y capacidad disuasoria de las sanciones en materia de defensa de la competencia, por un lado, con las derivadas -y también insoslayables- del principio de proporcionalidad, por otro. Quien tiene la competencia para ello deberá valorar si la insuficiencia de la Ley 15/2007 en este punto aconsejaría una modificación parcial de su título V, dado que aquélla no puede ser suplida mediante una mera Comunicación de autoridades carentes de potestades normativas en la materia, por mucho que su propósito sea el elogiado de dotar de mayor nivel de predictibilidad a la imposición de las sanciones pecuniarias.

A lo largo de la controversia procesal se ha hecho referencia a la finalidad disuasoria de las multas en materia de defensa de la competencia, finalidad que ciertamente les corresponde y que, tratándose de infracciones de los artículos 101 y 102 del TFUE , es inexcusable para la efectividad de ambos, también cuando son aplicados por las autoridades nacionales de los Estados miembros. Pero tal carácter ni es exclusivo de este sector del ordenamiento ni puede constituirse en el punto de referencia prevalente para el cálculo en un supuesto concreto, desplazando al principio de proporcionalidad.

Las sanciones administrativas previstas para el ejercicio de actividades económicas -en el ámbito del derecho de la competencia que, pese a algunas posturas reduccionistas, no difiere en este punto de otros sectores del ordenamiento sancionador- han de fijarse en un nivel suficientemente disuasorio para que, al tomar sus propias decisiones, las empresas no aspiren a obtener unos beneficios económicos derivados de las infracciones que resulten ser superiores a los costes (las sanciones) inherentes a la represión de aquéllas. Si, además de esta

ecuación, el legislador considera oportuno incrementar el "efecto disuasorio" a cotas superiores, tiene capacidad normativa para hacerlo dentro del respeto a las exigencias constitucionales.

Esta Sala ha declarado (por todas, véanse las sentencias de 6 de marzo de 2003 y 23 de marzo de 2005, recursos de casación 9710/1997 y 4777/2002, respectivamente) que entre los criterios rectores para valorar la adecuación de las sanciones a la gravedad de los hechos se encuentra el de que "[...] la comisión de las infracciones anticoncurrenciales no debe resultar para el infractor más beneficiosa que el cumplimiento de las normas infringidas. Criterio que, aun no expresado literalmente en el artículo 10 de la Ley 16/1989 [tampoco explícitamente en la Ley 15/2007], puede entenderse implícito en las letras a), c) y d) de su apartado 2, así como en la facultad de sobrepasar el límite sancionador de los 150 millones de pesetas hasta el diez por ciento del volumen de ventas de la empresa infractora (artículo 10 apartado uno). En todo caso, con o sin mención legal específica, corresponde a la naturaleza misma de la propia potestad sancionadora, como lo demuestra su posterior inclusión bajo la rúbrica del «principio de proporcionalidad» en el artículo 131.2 de la Ley 30/1992".

Aunque ello dependerá ya del legislador, responsable último de fijar la aptitud intimidatoria de las sanciones, un sistema general de multas que pretenda establecer un nivel de disuasión adecuado quizás debería implicar no sólo la ausencia, en todo caso, de aquellos beneficios sino un plus que añada, a los términos de la ecuación "beneficio esperado" menor al "coste de la sanción", añada, decimos, el factor de la probabilidad en la detección de las conductas infractoras. En todo caso, con o sin este último factor, corresponde a la ley -y no a quien la ejecuta o la interpreta- establecer las modalidades de sanciones y los límites cuantitativos, fijos o porcentuales, que el legislador considere oportuno para cumplir la finalidad disuasoria de las sanciones en este área del ordenamiento jurídico. Ello justifica que determinadas leyes prevean que el castigo pecuniario a las infracciones en ellas contempladas, cuando la sanción deba calcularse en función de los beneficios obtenidos con la conducta, se concrete en multas que oscilan desde el monto del beneficio al duplo, el triple u otros múltiplos de aquél.

No debe olvidarse, en fin, que el efecto disuasorio debe predicarse de la política de defensa de la competencia en su conjunto, en el marco de la cual sin duda tienen este carácter, además de las sanciones pecuniarias a las propias empresas, ciertas medidas punitivas previstas en la norma pero no siempre adoptadas en la práctica (como la contenida en el artículo 63.2 de la Ley 15/2007, que permite imponer multas de hasta 60.000 euros a las personas que integran los órganos directivos de las empresas infractoras) o bien un marco procesal de acciones civiles que faciliten el efectivo resarcimiento de los daños ocasionados por las conductas anticompetitivas.

Precisamente la evolución del Derecho de la Competencia va dirigida a incrementar el nivel de disuasión efectiva contrarrestando los beneficios ilícitos derivados de las conductas restrictivas de la competencia mediante la promoción de las acciones de condena -en la vía civil- al resarcimiento de los daños causados por las empresas infractoras (daños a los consumidores y a otros agentes económicos que son normalmente el reverso del beneficio ilícito obtenido). Se pretende de este modo aumentar la capacidad de disuasión del sistema de defensa de la competencia en su conjunto, de modo que las empresas infractoras -y sus directivos- no sólo "sufran" la sanción administrativa correspondiente sino que, además, queden privadas de sus ilícitas ganancias indemnizando los daños y perjuicios causados con su conducta. Designio en cuya ejecución avanza de manera inequívoca (aunque la obligación de resarcimiento sea anterior y de hecho cuente ya con precedentes judiciales también en España, como el que ofrece la reciente sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013, dictada en el recurso de casación 2472/2011) la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea>>.

DECIMOTERCERO.- Las consideraciones jurídicas que acabamos de reseñar en el apartado anterior en relación a la cuantificación de la sanción, que hemos reiterado en posteriores sentencias de esta Sala, llevan a concluir que procede estimar la demanda de Suministros Marval en este concreto extremo, en lo que se refiere al importe de la multa que ha sido fijada a partir de un método de cálculo no conforme a derecho.

Procede, pues, declarar disconforme a derecho la resolución sancionadora en el extremo relativo al importe de la multa impuesta y se ordena a la Comisión Nacional de la Competencia que proceda a cuantificarla de nuevo; pronunciamiento que debe ser modulado en el sentido de que el cálculo de la sanción no habrá de realizarse con arreglo a las pautas establecidas en la Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia de 6 de febrero de 2009, sino que debe hacerse de conformidad con la interpretación que de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 hacemos en esta sentencia.

DECIMOCUARTO.- De conformidad con lo dispuestos en el artículo 139, apartados 1 y 2, de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, no ha lugar a la imposición de las costas de este recurso de casación ni de las del proceso de instancia.

Vistos los preceptos citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción,

**FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido **1.-** HA LUGAR al recurso de casación número **3811/2015** interpuesto por la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, contra la sentencia dictada con fecha 2 de noviembre de 2015 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 351/2013 , que casamos. **2.-** ESTIMAR EN PARTE el recurso contencioso- administrativo número 351/2013, interpuesto por SUMINISTROS MARVAL SL, contra resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 23 de mayo de 2013 (expediente sancionador S/0303/2010), y anulamos la sanción de multa impuesta por no ser ajustada a derecho, ordenando a la Comisión Nacional de la Competencia (ahora Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia) que imponga la multa en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados, sobre el volumen de negocios del año 2012, especificando que la cuantificación de la multa deberá hacerse por aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 17/2007, de Defensa de la Competencia , interpretados en los términos expuestos en el fundamento Decimotercero de esta sentencia. **3.-** No efectuar pronunciamiento de las costas causadas en ninguna de las instancias.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Pedro Jose Yague Gil Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat Eduardo Calvo Rojas Maria Isabel Perello Domenech Jose Maria del Riego Valledor Diego Cordoba Castroverde **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Magistrada Ponente Excm.a. Sra. D^a. Maria Isabel Perello Domenech, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.