

# CADUCIDAD SUSPENDIDA, SE SOLICITA VOLUMEN DE NEGOCIOS

*Procedural time limit suspended, turnover requested*

Antonio CREUS CARRERAS

*Profesor del Máster de Derecho de Empresa de la Universidad de Navarra  
Abogado*

## RESUMEN

Las normas españolas de defensa de la competencia establecen un plazo de caducidad de los procedimientos sancionadores de 18 meses, que puede ser suspendido. La cuestión relevante es si un trámite muy importante o incluso fundamental en todo expediente sancionador, como el de solicitar el volumen de negocios del ejercicio anterior al de imposición de toda sanción a una empresa, debe considerarse una actividad ordinaria a llevar a cabo por la CNMC dentro del plazo legal de 18 meses, o si por el contrario, se trata de un trámite que justifica suspender el referido plazo, conllevando una extensión del mismo, como viene haciendo últimamente el Consejo de la CNMC. La cuestión ha sido abordada en un voto particular incluido en numerosas sentencias de la Audiencia Nacional e incluso considerada por el Tribunal Supremo como relevante a efectos de las nuevas reglas de casación en los procedimientos contencioso-administrativos. El artículo examina los precedentes y analiza con detalle la praxis de la CNMC, y de su antecesora la CNC, en el marco de la ley 15/2007 de una manera objetiva. No se formula conclusión, pues se considera que la misma se obtendrá de las sentencias del Tribunal Supremo.

## ABSTRACT

Spanish legislation regarding the administrative sanctioning procedure in Competition law has established an 18-month time limit that can be extended. The main issue is whether an essential element in every sanctioning procedure, such as requesting the previous year turnover of undertakings in order to establish the amount of the fine, is an ordinary activity foreseen within the mentioned 18-month time limit, or if on the contrary it should be considered not to have been foreseen and when requesting the turnover the time limit should be suspended entailing a time limit extension as the Spanish Competition Authority has been doing. The issue was addressed in a dissenting opinion on some judgments of the Central Appeals Court and some of those cases have recently been granted leave to appeal to the Spanish Supreme Court, within the more strict recent rules of cassation appeals. The article addresses the existing case law, and in a very detailed and objective manner the practice of the administration, both the CNMC, and its predecessor the CNC, in the application of the Spanish Competition Act, law 15/2007. There is no conclusion since it would be for the Spanish Supreme Court in its judgments to conclude.

**Palabras clave:** Caducidad, plazo máximo para resolución y notificación, suspensión del plazo máximo, solicitud volumen de negocios, acumulación suspensiones, principio de celeridad.

**Keywords:** Procedural time bar, time bar for adopting a notifying a competition decision, time bar suspension, turnover request, joining suspensions, celerity principle or prompt procedure principle.

Advertencia: Deseo y debo manifestar que, si bien he tomado posición profesional en este asunto, ésta antedata a las recientes sentencias de la Audiencia Nacional en las que se había planteado y que me han llevado a verme envuelto en la actual polémica. Intervine en las cuestiones sobre caducidad general que se plantearon en los recursos frente a las resoluciones de Distribución Saneamiento (S/0303/10) y Puerto de Valencia (S/0314/10) ante la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo. Y he planteado esa cuestión en otro recurso frente a otra resolución de la CNMC pendiente ante la Audiencia Nacional hace más de un año, y también he intervenido en algunas casaciones relativas a los recursos en los asuntos de concesionarios, que no incluyen ninguna de las que han sido admitidas. Esto me ha obligado a realizar el análisis lo más objetivo posible y a no formular ninguna conclusión.

## I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN EN LA SITUACIÓN ACTUAL

Este artículo<sup>1</sup> presenta el debate sobre la corrección de la suspensión del plazo de caducidad previsto por el artículo 36 de la [Ley de Defensa de la Competencia](#)<sup>2</sup> (en adelante LDC<sup>3</sup>), fundada en el artículo 37.1.a) de dicha norma, en caso de solicitarse por la CNMC<sup>4</sup> el volumen de negocios anual de la o las imputadas en los expedientes sancionadores en materia de derecho de la competencia en España<sup>5</sup> que se halla ante el Tribunal Supremo<sup>6</sup>.

La cuestión se puso de relieve el año pasado a través de un voto particular suscrito por el magistrado Don Santiago Soldevila e incluido en varias sentencias sobre resoluciones sancionadoras de la CNMC<sup>7</sup> que afectaban a concesionarios de diversas marcas de automóviles, en el que se sostenía por el citado magistrado que se había excedido del plazo legal previsto de 18 meses, fundándose en que no cabía suspender el plazo de caducidad para recabar información sobre el volumen de negocios anual del ejercicio anterior a la sanción, necesario para determinar la misma.

En ese voto particular el magistrado cuestionaba que la solicitud efectuada por la CNMC en relación con la obtención de información sobre el volumen de negocios pudiera ser suspendida sobre la base del artículo 37.1.a) de la LDC. Considero relevante señalar los siguientes párrafos del mismo:

“8/6<sup>8</sup>. Contrariamente a lo que se indica en la sentencia, estimo que la LDC distingue perfectamente entre la tramitación ordinaria del procedimiento sancionador, para lo

<sup>1</sup> Este artículo se ha beneficiado de los comentarios certeros y oportunos de Gerard Pérez Olmo a un primer borrador del mismo, si bien todos los errores son exclusivamente atribuibles al autor, así como de la ayuda en diversas medidas aportada por Gemma Calzado, Álvaro Pascual y Clara Creus.

<sup>2</sup> Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, BOE nº 159, de 4 de julio de 2007, páginas 28848 a 28872.

<sup>3</sup> Las referencias a la LDC, deben entenderse siempre a la ley 15/2007 de defensa de la competencia. A la anterior ley de defensa de la competencia derogada por la LDC la denominaré ley 16/1989 para no incurrir en error, ni inducirlo al lector.

<sup>4</sup> Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

<sup>5</sup> No se abordará por obvio otro aspecto relacionado dicha solicitud que el lector detectará al no ser el objeto de las casaciones planteadas.

<sup>6</sup> El Tribunal Supremo ya se ha pronunciado en casación, dentro del nuevo sistema de la Ley Orgánica 7/2015, sobre otros aspectos del artículo 37 de la LDC en las sentencias de 21 de mayo de 2018, [ECLI:ES:TS:2018:2033](#) y [2037](#); de 18 de junio de 2018, [ECLI:ES:TS:2018:2512](#); de 26 de junio de 2018, [ECLI:ES:TS:2018:2539](#); y de 18 de enero de 2019, [ECLI:ES:TS:2019:260](#).

<sup>7</sup> El voto particular del magistrado Don Santiago Soldevila aparece en las siguientes sentencias de la sección 6ª de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional siguientes de 26 de marzo de 2019, con [ECLI:ES:AN:2019:1288](#) a [1300](#), [1302](#), [1307](#), [1316](#) a [1328](#), [1330](#), [1332](#) a [1335](#), [1337](#), [1341](#) a [1342](#), [1344](#) a [46](#), [1348](#) a [1351](#), [1354](#), [1357](#) a [1359](#), [1363](#) a [1367](#), [1369](#) a [1372](#), [1374](#) a [1375](#), [1379](#), [1385](#) a [1392](#), y [1395](#); de 16 de mayo de 2019 [ECLI:ES:AN:2019:2082](#) y [2083](#); de 21 de mayo de 2019 [ECLI:ES:AN:2019:2085](#) a [2087](#), [2089](#) a [2091](#); de 24 de mayo de 2019 [ECLI:ES:AN:2019:2092](#) a [2095](#), [2097](#) y [2115](#), de 8 de julio de 2019 [ECLI:ES:AN:2019:3252](#), [3374](#) y [3279](#); de 18 de julio de 2019, [ECLI:ES:AN:2019:3275](#), [3276](#), [3283](#), [3284](#), y [3295](#). Todas esas sentencias derivan de resoluciones de la CNMC de 5 de marzo de 2015, relacionadas con los concesionarios Opel y Land Rover, y de 28 de mayo de 2015 concesionarios AUDI/SEAT/VW.

<sup>8</sup> Idéntico texto, numerado como 8 en las sentencias relativas a Audi/Seat/Volkswagen y como 6 en las de Opel y Land Rover.

que otorga un plazo total de 18 meses según el artículo 36.1 de la LDC y la tramitación extraordinaria para la que establece la posibilidad de ampliación del plazo de resolución, derogando de esta forma la regla general de resolución en 18 meses.”

“9/7<sup>9</sup>. Deben realizarse en el período ordinario y sin suspensión de tipo alguno, todas las actuaciones que están establecidas en la LDC y en el RD 261/2008 como obligatorias para el procedimiento sancionador y que deben practicarse en todo caso, pues con esa finalidad se estableció un período ordinario de tramitación.

Entre estas actuaciones se encuentra la petición a las empresas que pueden ser sancionadas, del volumen total de negocios del año inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción<sup>10</sup>.”

“10/8<sup>11</sup>. La apertura del plazo extraordinario del artículo 37.1 a) LDC queda reservada para la reclamación de documentos necesarios y específicos del caso concreto, que, por las circunstancias que se indican el artículo 37 de la LDC no se pudieron recabar en el plazo ordinario, debiendo clarificarse la razón de ello en cada caso<sup>12</sup>.”

“14/12<sup>13</sup>. Por otra parte, los supuestos contemplados en el artículo 37 LDC tienen el rasgo común de constituir una derogación a la regla general que impone el respeto del plazo ordinario de 18 meses, teniendo cada una de las tres situaciones que contempla una naturaleza diferente.”

“16/14<sup>14</sup>. En mi opinión, no constituye una motivación adecuada el afirmar que era necesario contar con la referida información referida al año 2014, pues siendo eso cierto, también lo es que dicha información pudo y debió solicitarse dentro del período ordinario, pues justamente para ello está establecido, como ya se ha dicho y veremos a continuación.”

“17/15<sup>15</sup>. Si se concluyera, como hace la sentencia de la que discrepo, que la CNMC tiene libertad para suspender el procedimiento para solicitar dicha información, no tendría ningún sentido fijar un plazo límite para la tramitación de 18 meses, que una jurisprudencia unánime como una garantía esencial del ciudadano.”

Algunas de esas sentencias de la Audiencia Nacional han sido recurridas en casación, en recursos que ya han sido admitidos por la sección de admisión de la Sala 3ª

---

<sup>9</sup> Numerado como 9 en los asuntos Audi/Seat/Volkswagen y 7 en los Opel y Land Rover.

<sup>10</sup> En este párrafo hay una diferencia de redacción, se ha indicado la que figura en los segundos, si bien el párrafo 9 en los asuntos Audi/Seat/Volkswagen está redactado como sigue: “9. Todas las actuaciones que están establecidas en la LDC y en el RD 261/2008 como obligatorias para el procedimiento sancionador y que deben practicarse en todo caso, entre las que se encuentra la petición a las empresas que pueden ser sancionadas del volumen total de negocios del año inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción, deben realizarse en el período ordinario y sin suspensión de tipo alguno.”

<sup>11</sup> Numerado como 10 en las sentencias relativas a Audi/Seat/Volkswagen y como 8 en las de Opel y Land Rover.

<sup>12</sup> Numerado como 10 en las sentencias relativas a Audi/Seat/Volkswagen y como 8 en las de Opel y Land Rover. En este párrafo hay una diferencia de redacción, se ha indicado la que figura en los segundos por coherencia general, si bien el párrafo 9 en los asuntos Audi/Seat/Volkswagen está redactado como sigue: “10. La apertura del plazo extraordinario del artículo 37.1 a) LDC queda reservada para la reclamación de documentos necesarios y específicos del caso concreto, que no se pudieron recabar en el plazo ordinario, debiendo justificarse la razón.”

<sup>13</sup> Idéntico texto, numerado como 14 en las sentencias relativas a Audi/Seat/Volkswagen y 12 en las de Opel y Land Rover.

<sup>14</sup> Idéntico texto, numerado como 16 en las sentencias relativas a Audi/Seat/Volkswagen y 14 en las de Opel y Land Rover.

<sup>15</sup> Idéntico texto, numerado como 17 en las sentencias relativas a Audi/Seat/Volkswagen y 15 en las de Opel y Land Rover.

del Tribunal Supremo<sup>16</sup>. La cuestión sometida a casación indicada en los autos de admisión es la siguiente:

"2.º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar si la apertura del plazo extraordinario del artículo 37.1.a) LDC queda reservada para la reclamación de documentos necesarios y específicos del caso concreto, que no se pudieron recabar en el plazo ordinario, o si ampara también el requerimiento de actuaciones establecidas como obligatorias por las normas de competencia para el procedimiento sancionador, y que pudieron realizarse en el período ordinario."

Evidentemente este artículo no puede alcanzar una conclusión definitiva respecto a esta cuestión, claramente "sub iudice", algo que ocurrirá cuando el Tribunal Supremo resuelva la cuestión planteada en las casaciones admitidas. Por lo que se limitará a analizar las normas en términos generales y la praxis administrativa de la CNC y CNMC en relación con la cuestión.

## II. POSICIÓN ACTUAL DE LA JURISPRUDENCIA

En relación con la caducidad la posición jurídica actual se encuentra, antes de que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre la cuestión casacional planteada en los autos, en la jurisprudencia derivada de los recursos presentados por la administración española frente a las sentencias de la Audiencia Nacional derivadas de los recursos presentados contra las resoluciones de [Distribución Saneamiento](#) (S/0303/10) y [Puerto de Valencia](#) (S/0314/10). El resultado de esos recursos fueron dos series de sentencias en las que la Audiencia Nacional<sup>17</sup> consideró que habían caducado ambos procedimientos sobre la base de una interpretación en la que se establecía que no procedía computar las suspensiones posteriores al "dies ad quem" de 18 meses tras la incoación del expediente administrativo.

Esa jurisprudencia tenía a su favor lo sencillo de su aplicación y posiblemente se dirigía a presumir que las suspensiones que se acordaban tras el plazo de 18 meses desde la incoación tenían una finalidad no ajustada a la norma de alargar el procedimiento. Sencillamente todas las partes podían conocer sin tener que buscar el elemento torticero el límite real de los procedimientos, que era los 18 meses legales desde el inicio tal y como prevé el artículo 36 de la LDC, sumándole los plazos por los que el procedimiento en ese tiempo había sido prorrogado, mediante la aplicación del artículo 37 de la LDC<sup>18</sup>.

Los recursos frente a esas sentencias de la Audiencia Nacional tuvieron como resultado una serie de sentencias del Tribunal Supremo, cuyo elemento central en ese

<sup>16</sup> Los autos de admisión de la casación del Tribunal Supremo son los siguientes en relación con la resolución de concesionarios de Audi/Seat/VW (S/0471/13) de 11 de octubre de 2019, en los asuntos Hergo (rec. 3721/2019) [ECLI:ES:TS:2019:10430A](#); de 25 de octubre de 2019 Motor Gómez Villalba (rec. 4388/2019) [ECLI:ES:TS:2019:11093A](#); Motor Sol (rec. 4661/2019) [ECLI:ES:TS:2019:11114A](#); Auco (rec. 4034/2019) [ECLI:ES:TS:2019:11179A](#); de 31 de octubre de 2019 en el asunto Marzá (rec. 4144/2019) [ECLI:ES:TS:2019:11327A](#); de 22 de noviembre de 2019 en el asunto Sarsa Vallés (rec. 4607/2019) [ECLI:ES:TS:2019:12303A](#); de 29 de noviembre de 2019 en el asunto Motorsol (rec. 5250/2019) [ECLI:ES:TS:2019:12588A](#) y de 7 de febrero de 2020 Motor Gómez Premium (rec. 5465/2019) [ECLI:ES:TS:2020:806A](#). Así como en relación con la resolución de los [concesionarios de Opel](#) (S/0489/13) de 22 de noviembre de 2019 en el asunto Gómez Platz (rec. 6470/2019) [ECLI:ES:TS:2019:12146A](#).

<sup>17</sup> Sentencias de la Audiencia Nacional de 2 de noviembre de 2015 [ECLI:ES:AN:2015:3852](#) a [3858](#), [3862](#) a [3868](#), [3870](#), [3871](#), y [3906](#) a [3909](#) en recursos contra la resolución de [Distribución Saneamiento](#) (S/303/10); y de 25 de enero de 2016 [ECLI:ES:AN:2016:141](#), [203](#) a [210](#) y [213](#) contra la resolución del [Puerto de Valencia](#) (S/0314/10).

<sup>18</sup> En alguna de las recientes sentencias de la Audiencia Nacional, en los recursos contra la resolución de [Fabricantes de automóviles](#) (S/0482/13), de 19 de diciembre de 2019 ECLI:ES:AN:2019:5009, 5019, 5021, y 5023 a 5025; y, contra la resolución de [Transporte Frigorífico](#) (S/0454/12), de 18 de febrero de 2020 [ECLI:ES:AN:2020:501](#), han vuelto a efectuar referencia a dicha jurisprudencia: "Seguimos pensando que esa interpretación es la que mejor concilia la dificultad, de la que es consciente la Sala, de la CNMC para instruir y resolver el expediente en plazo y las garantías de los inspeccionados pero esa interpretación fue desautorizada expresamente por el Tribunal Supremo en la sentencia de 26 de julio de 2016, rec.3811/2015 y otras posteriores y a ella nos sujetamos."

punto hay que encontrarlo en la sentencia de 26 de julio de 2016 ([ECLI:ES:TS:2016:3908](#))<sup>19</sup>.

El FD 6º de la misma ha sido reiterado en las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2016, ([ECLI:ES:TS:2016:4871](#)) FD 2º; de 28 de noviembre de 2016, ([ECLI:ES:TS:2016:5192](#)) FD 2º; y de 23 de abril de 2018 ([ECLI:ES:TS:2018:1405](#)) FD 2º. Lo que supone cuatro sentencias del Tribunal Supremo concurrentes en este extremo de manera literal.

Esa jurisprudencia efectúa una clara referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2015 ([ECLI:ES:TS:2015:2797](#)) y establece que no puede acogerse la doctrina de la Audiencia Nacional anteriormente mencionada relativa a los recursos contra las resoluciones Distribución Saneamiento y Puerto de Valencia. Y en todas esas sentencias del Tribunal Supremo se establece lo que claramente indica en el Fundamento de Derecho sexto "in fine" de la sentencia inicial de esa jurisprudencia del Tribunal Supremo:

"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."

Este es por lo tanto el aspecto que puede abordar el Tribunal Supremo en estas casaciones, si la solicitud del volumen de negocios del último año que supuso la suspensión del procedimiento sobre la base del artículo 37.1.a) de la LDC, que en estos procedimientos no se acordó con posterioridad al plazo del "dies ad quem" originario, tiene o no "carácter fraudulento" al poderse considerar una suspensión "del trámite ficticias, sin razón real justificativa, como un mero ardid para eludir la caducidad de un procedimiento concreto". Como se indicará no es la única vía de que dispone el Tribunal Supremo, pero es la que permite enlazar con lo establecido por la jurisprudencia actual.

### III. LAS NORMAS JURÍDICAS RELEVANTES

#### III.1 Las normas que impactan en la cuestión planteada

La anterior ley [16/1989](#)<sup>20</sup>, con diversas modificaciones empezó a contemplar la caducidad en los procedimientos de derecho de la competencia y condujo a que en la LDC, tras el debate ejemplar, se especificara con claridad la figura de la caducidad, con una reducción de plazos al reducirse el procedimiento ante la autoridad única que se creaba<sup>21</sup>.

El examen que hay que realizar cuando se analiza el artículo 37 de la LDC es que es un régimen de excepción de lo ordinario, siendo lo ordinario como se ve en la dicción, estructura y finalidad del mismo la caducidad del procedimiento sancionador en un plazo

<sup>19</sup> Esta sentencia se analiza en "La caducidad procedimiento sancionador en materia de defensa de la competencia" Anuario del Derecho de la Competencia 2017, páginas 195 a 203, Miguel Ángel Recuerda Girela.

<sup>20</sup> Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia, BOE nº 170, de 18 de julio de 1989, páginas 22747 a 22753.

<sup>21</sup> Todo ello quedó reflejado en el procedimiento que se siguió desde el libro blanco, el anteproyecto, el proyecto de ley y los debates parlamentarios.

de 18 meses. Esos 18 meses deben computarse desde la incoación tal y como pone de manifiesto el artículo 36.1 de la LDC.

Cierto es que hay una diferencia que ha debido recalcar la jurisprudencia, a pesar de la claridad de la norma, en el sentido que el plazo aborda la totalidad del expediente, y no separadamente plazos para la instrucción y la resolución como establecía la norma anterior, la ley 16/1989 tras las modificaciones introducidas por la ley [52/1999](#)<sup>22 23</sup>.

La atribución del control de la suspensión de un plazo que pretende controlar al mismo órgano que actúa sujeto a dicho plazo máximo de actuación es algo complejo y que exige un examen riguroso. Debe quedar claro que el uso inadecuado de la suspensión puede permitir al órgano evitar el control que le impone el artículo 36 de la LDC en relación con el plazo al que debe sujetarse la conclusión del expediente.

En este punto conviene señalar que no he encontrado referencia alguna en la cual el Consejo haya cuestionado o introducido dudas o recálculo alguno a suspensiones acordadas por el órgano instructor, aún y cuando no tengan un efecto inmediato de caducidad. Pues conviene recordar que las suspensiones se pueden acordar, además de por el Consejo como órgano que resuelve, por la Dirección de Competencia como órgano instructor.

El resultado es en cierta manera curioso, pues en el régimen anterior, que ciertamente preveía la caducidad de la instrucción de manera independiente, sí declaró esa caducidad, mientras que en la LDC que examinamos no se ha ni planteado la cuestión de si el uso de la suspensión, o su cálculo, se ha hecho de manera ajustada a derecho. Y ello a pesar de que la Audiencia Nacional sí lo ha señalado en diversas ocasiones<sup>24</sup>.

No deja de tener importancia la división que como indica el artículo 36.1 de la LDC se establecerá reglamentariamente, y así se hizo mediante el artículo 28 del [Reglamento de Defensa de la Competencia](#)<sup>25</sup> (en adelante RDC<sup>26</sup>), que fija un plazo de 12 meses para la instrucción y 6 meses para la resolución en los procedimientos sancionadores. Ciertamente es que no cabe considerar la existencia de caducidad porque la instrucción exceda del tiempo de 12 meses, pero si ese exceso es tal que impide o impidiera al Consejo realizar su función de manera debida, muy posiblemente, debiera considerar la caducidad de ese expediente.

El artículo 36 de la LDC encuentra un contrapeso, en las excepciones que permiten suspender el plazo de caducidad<sup>27</sup>, en el artículo 37 de la LDC, y que en lo aquí interesa corresponde analizar el apartado 1.a), cuya literalidad indica:

"Artículo 37. Supuestos de ampliación de los plazos y suspensión de su cómputo.

---

<sup>22</sup> Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, BOE nº 311, de 29 de diciembre de 1999, páginas 45778 a 45787.

<sup>23</sup> Véase al respecto el artículo "[La caducidad del procedimiento administrativo en materia de defensa de la competencia](#)", de Juan Manuel Fernández López, y Jesús Rubí Navarrete, respectivamente ex vicepresidente y ex vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia, Anuario de la Competencia 2002, página 339 y siguientes.

<sup>24</sup> Esta actuación, o falta de actuación, del Consejo de la CNC o CNMC no encaja para nada en la definición del artículo 267 del TFUE en la que pretende enmarcarse con el planteamiento de la cuestión prejudicial originada en el expediente del [Acuerdo Marco de la Estiba](#) (S/DC/0619/17), lo que ha dado lugar al procedimiento [C-462/19](#) ante el TJUE.

<sup>25</sup> Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, BOE nº 50, de 27 de febrero de 2008, páginas 11575 a 1160.

<sup>26</sup> Las menciones al RDC deben entenderse hechas al Reglamento de Defensa de la Competencia, Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, BOE nº 50, de 27 de febrero de 2008.

<sup>27</sup> Esta cuestión se aborda por Javier Guillén Caramés y Álvaro Pascual Morcillo en el capítulo 19 "El procedimiento sancionador por infracciones de los arts. 1, 2 y 3 de la LDC" del "Tratado de derecho de la competencia" bajo la dirección de José María Beneyto y Jerónimo Mailló, Páginas 963 y ss.

1. El transcurso de los plazos máximos previstos legalmente para resolver un procedimiento se podrá suspender, mediante resolución motivada, en los siguientes casos:

a) Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias, la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios.”

De la dicción del artículo y la naturaleza de la solicitud de aportar la cifra del volumen de negocios, está claro que no se trata de subsanar deficiencia alguna, ni de aportar documentos, puesto que se solicita responder a una pregunta concreta, y no una aportación documental. Por lo que debemos ceñirnos a las 6 últimas palabras “otros elementos de juicio necesarios”.

Está claro que es necesario, si bien pudieran surgir dudas, una si es más que necesario, fundamental, y la segunda es si es un elemento de juicio, o simplemente es un determinante en relación con la sanción. Esto es se deberá establecer si ¿Solo es un elemento de juicio necesario? O quizás es algo más ¿Indispensable? Y por otro lado ¿A qué afecta esa información necesaria o indispensable?

El que sea necesario puede indicar un nivel, el que sea indispensable otro. Y muy significativo. Una información puede ser necesaria y por lo tanto encaja en la disposición legal examinada, si bien esa necesidad puede ser indispensable y dado que nos hallamos ante una disposición que excepciona a otra, el artículo 36 de la LDC al fijar un plazo de caducidad, convendrá examinar como plantea el voto particular si nos hallamos ante una actuación tan indispensable que no cupo, cabe o cabía pensar que fuera una cuestión que se plantea en unos procedimientos y en otros no.

Está claro que en un procedimiento sancionador como el establecido en la LDC habrá que determinar multas que se impondrán a los infractores y que para ello habrá que abordar cuestiones necesarias y otras más que necesarias, imprescindibles, esenciales, como son la clara determinación del imputado, el que se definan y detallen las infracciones, y también el cumplimiento de las normas sancionadoras, incluyendo lo que dispone el artículo 63 de la LDC.

Si le es necesario la aportación de un documento concreto, o información para determinar si la conducta puede considerarse infractora es una cuestión que puede enmarcarse en la previsión del artículo 37.1.a) de la LDC y que obviamente en unos casos será necesario y en otros muchos no.

Es por ello que considero oportuno y fundamental que se realice esa distinción, más aun cuando nos hallamos ante el ejercicio de un poder, la suspensión, que limita el derecho del imputado por el procedimiento sancionador, pues el resultado es alargar el procedimiento más allá de lo que dispone el artículo 36 de la LDC.

Conviene señalar en este punto que la CNC y CNMC han recurrido para explicar el uso de las suspensiones a la teoría general sobre la infracción de normas procesales en que hay que demostrar una infracción al derecho de defensa. No es el caso en materia de suspensiones. La regla está clara: la caducidad por el transcurso del tiempo, y si una excepción, como la suspensión del plazo, no se usa de acuerdo a lo establecido en la norma, no es necesario probar daño alguno, porque el daño está y reside exclusivamente en el uso no ajustado de la suspensión.

La anterior declaración se funda en la jurisprudencia que había sido abordada con anterioridad y debe considerarse establecida por el Tribunal Supremo de forma diáfana tras los asuntos que denomino de Valencia, el de [Distribución Saneamiento](#) (S/0303/10)

y el [Puerto de Valencia](#) (S/0314/10).<sup>28</sup> El Tribunal Supremo considera suficiente el examen de que no se ha cumplido con el fin de la norma para considerar que se ha podido incurrir en caducidad, si para evitar la misma se ha usado la suspensión indebidamente.

Considero necesario mencionar e indicar lo dispuesto en el artículo 37.3 de la LDC que pudiera tener incidencia en lo que se aborda, y que quizás pueda servir de razón que permita explicar el problema<sup>29</sup>.

“3. La suspensión de los plazos máximos de resolución no suspenderá necesariamente la tramitación del procedimiento.”

Ese apartado 3 del artículo 37 de la LDC tiene su lógica y parece adecuado, pero posiblemente se halle también en el inicio y centro de la polémica, porque lo que puede permitir ese apartado del artículo, es de alguna manera encontrar más tiempo, para la administración en la gestión del expediente. Como veremos posteriormente es un aspecto al que la administración hace referencia explícita en algunas resoluciones.

Este aspecto fue apuntado en su momento, en el del debate público y ejemplar que condujo a la promulgación de la LDC, en un claro “tempore non suspecto” por los profesores Francisco Marcos y Albert Sánchez Graells<sup>30</sup>, entre otros, en las alegaciones que realizaron al anteproyecto de la futura LDC.

En esa sede de comentarios y aportaciones al procedimiento legislativo<sup>31</sup> conviene señalar algunas enmiendas en el propio proceso parlamentario, como la enmienda en el Congreso de los Diputados al proyecto de ley que originó la LDC presentado por el Grupo Parlamentario del Partido Popular (PP)<sup>32</sup> en relación con el artículo 37.1 del proyecto, y de la actual LDC se adujo como justificación de la limitación:

“Conviene recordar que la existencia de un procedimiento administrativo claramente definido que acote el margen de posibles actuaciones arbitrarias, no solo es una exigencia del principio de legalidad (arts. 9.1, 9.3 y 103 Constitución Española — CE— y 3 Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común —LRJPAC—) sino que es una garantía del ciudadano y se asienta en el derecho a la seguridad jurídica. La existencia de precisos plazos de instrucción y resolución, cualesquiera que éstos sean, es una conquista del Estado de Derecho que se ha ido introduciendo paulatinamente en nuestro ordenamiento jurídico. La seguridad jurídica que proporciona la existencia de esos plazos ciertos no debe ser comprometida como resultado de la introducción de técnicas que

---

<sup>28</sup> Ambos expedientes tienen su origen en Valencia y en las actuaciones iniciales de la autoridad de competencia de la Comunidad Valenciana.

<sup>29</sup> Cuestión que planteó de manera correcta y elegante los profesores Francisco Marcos y Albert Sánchez Graells al realizar comentarios, así como en otros, durante el proceso transparente de preparación y redacción de la LDC. También se refleja en la enmienda nº 68 presentada por el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP) en el Senado en el proceso parlamentario de la que sería la LDC.

<sup>30</sup> Observaciones al anteproyecto de ley de defensa de la competencia que formula el Observatorio de Política de la Competencia (OPC) del Instituto de Empresa, Madrid, 29 de marzo de 2006, Realizado por los profesores Doctor Francisco Marcos y Albert Sánchez Graells, página 38. Parecidas reflexiones se expresaron en la página 19 de los comentarios realizados por Ernst & Young se indica “Las que se proponen en este Libro Blanco que más parecen ser tributarias de un inaceptable afán por reservarse posibles facultades de actuación para los casos en que se perciba que los plazos máximos del procedimiento no permiten concluir el mismo.”; en la página 15 del comentario conjunto de cinco grandes despachos españoles se manifiesta “De hecho, se convertiría para la Dirección de Investigación/SDC en la situación ideal, ya que podría continuar instruyendo el procedimiento sin que las partes pudieran reaccionar, al estar éste formalmente suspendido.”; y en la página 12 del comentario de Jones & Day se puede leer “(...) convertiría la suspensión en un instrumento de extensión del plazo discrecional por parte de la CNC.”.

<sup>31</sup> Se trató a mi entender de un proceso ejemplar puesto que se organizó desde la propia administración recogiendo su experiencia y recabando tras redactar un libro blanco comentarios de terceros que se aportaron, y lo mismo tras realizar un anteproyecto que luego siguió su tramitación parlamentaria.

<sup>32</sup> Enmienda 104, BOCG Boletín Oficial de las Cortes Generales, [Congreso de los Diputados, 26 de febrero de 2017](#), Serie A. Núm. 100-18.

permitan una interpretación laxa de la necesaria disciplina de la Administración en cuanto al respeto de los plazos máximos de los procedimientos.

Hay que tener presente que esa exigencia es especialmente intensa cuando se trata de procedimientos sancionadores en los que la presunción de inocencia está siendo cuestionada. Ser parte investigada y encausada en un procedimiento sancionador ya es de por sí mismo, que exige que el procedimiento se desarrolle sin dilaciones innecesarias o actuaciones arbitrarias, sin dar opción siquiera a estimular eventuales comportamientos procedimentales relajados que pudieran resultar contrarios a la exigencia de celeridad en el proceder administrativo.

La experiencia muestra que por breves que sean ciertos plazos, ello no impide que los procedimientos se tramiten correctamente. El efecto es precisamente el contrario: cuanto más largo son los plazos de los procedimientos más riesgos existen de que éstos sean incumplidos. Disciplina es a plazos breves como inactividad lo es a plazos largos. La eficacia en la actuación de la Administración no solo es una exigencia de legalidad ordinaria (art. 3 LRJPAC) sino constitucional (art. 103 CE)."

También se introdujeron en el Senado enmiendas como las presentadas en la tramitación por el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP) al proyecto que devino la ley 15/2007 en relación con los actuales artículos 36, 37.3 y 37.4. En cuanto al primero se congratulaban del acortamiento de los plazos, y en relación con los otros dos mostraban preocupación por el alargamiento del proceso que podían suponer<sup>33</sup>.

En relación con el artículo 37.3 de la actual LDC preveían que si se realizaban actividades de instrucción se alzase automáticamente la suspensión –entendiendo que lo mismo debiera ocurrir también en la fase de resolución<sup>34</sup>.

Asimismo, cabe indicar que el CGPJ informó sobre el proyecto de ley que devendría la LDC y que mostró también preocupación por las excepciones que suponían las suspensiones al indicar en la página 51 del informe, sobre el entonces artículo 39 del proyecto de ley:

"No obstante lo anterior, existen aspectos concretos del procedimiento que son susceptibles de mejora. Entre ellos cabe citar la posibilidad de suspensión *sine die* del procedimiento, que con carácter general se contempla en el artículo 39 y que no resulta adecuada al objetivo de agilizar la tramitación procedimental, introduciendo por el contrario un mecanismo de paralización no justificado. Se estima, por ello que sería conveniente la fijación de un plazo máximo de suspensión, que en ningún caso debería sobrepasar el plazo de ampliación. En este mismo sentido, y en relación con los casos en que se puede acordar la suspensión del cómputo de los plazos, los supuestos previstos en el artículo 39.1.d), sobre realización de pruebas o análisis contradictorios en el marco de los expedientes sancionadores y 39.2.d), relativo a la solicitud de informes de los reguladores sectoriales no obedecen a las características propias de la suspensión, que debe venir motivada por circunstancias excepcionales, siendo por el contrario trámites ordinarios que no impiden ni obstaculizan la continuación del procedimiento, por lo que se estima que deberían eliminarse." (Subrayado propio)

<sup>33</sup> Véase enmiendas nº 68, 69, y 108 a 110, presentadas por el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP) en el Senado en el proceso parlamentario de la que sería la LDC. BOCG Boletín Oficial de las Cortes Generales, [Senado, 24 de abril de 2007 Serie II, Núm. 90 \(c\)](#).

<sup>34</sup> El único problema es cómo probar que la administración continuaba con su actuación, ese sería el punto central. La siempre difícil, y a veces imposible, carga de la prueba.

### III.2 El volumen de negocios y la LDC

El volumen de negocios de las empresas se contempla en la LDC desde dos perspectivas distintas: la primera en relación con los umbrales previstos para el control de concentraciones (como se puede ver en la EdM<sup>35</sup> y en el artículo 8 de la LDC) y la segunda en relación con las sanciones a imponer por la CNMC en caso de infracción de la ley (véase nuevamente la EdM y los artículos 61.3<sup>36</sup> y 63 de la LDC).

Durante la vigencia de la LDC, el volumen de negocios ha tenido importancia distinta en el cálculo de la sanción, siendo el elemento fundamental que ha creado la diferencia la doctrina originada en la sentencia de 29 de enero de 2015, [ECLI:ES:TS:2015:112](#). Antes de esa sentencia la CNC se había dotado, desde 2009, de una [comunicación para la cuantificación de las sanciones](#)<sup>37</sup> modelada sobre la base de la comunicación de la Comisión europea de 2006 referida a esta misma materia. La referida sentencia de enero de 2015 dejó claro que la norma española, la LDC, contenía una serie de criterios a diferencia de la comunitaria, [Reglamento 1/2003](#)<sup>38</sup>, a los que había que atenderse.

La segunda etapa se inició tras la referida sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, cuando la CNMC empezó a aplicar en su procedimiento de cálculo de multas, y que se sistematizó en una nueva comunicación de 2018 al respecto, denominada indicaciones provisionales<sup>39</sup>.

Durante la primera fase el volumen de negocios más relevante era el realizado en el mercado afectado por la infracción, quedando el volumen de negocios total a la actuación como referencia para fijar el valor máximo de una sanción<sup>40</sup>. Ese sistema requería obtener información sobre el volumen de negocios del ejercicio anterior al de la imposición de la sanción para simplemente disponer de una cifra, mediante la sencilla operación de reducir un orden de magnitud, en nuestro sistema decimal una cifra, para asegurarse que no se excedía de dicho límite máximo fijado en el artículo 63 de la LDC.

En la comunicación de multas de 2009 de la CNC, que seguía la senda iniciada por la Comisión Europea –la cual en su última [Comunicación de multas de 2006](#)<sup>41</sup> se fundaba en unos criterios más objetivos–, y siguiendo la redacción más ajustada al artículo 25 del Reglamento 1/2003 se examinaba al final de proceso que la multa no excediera el 10% del volumen de negocios de la sancionada.

En cambio, en la segunda fase ese volumen de negocios total ha adquirido mayor importancia debido a que las operaciones de cálculo de multas exigen más referencias a

<sup>35</sup> EdM: Exposición de motivos.

<sup>36</sup> Se aborda en este artículo un límite de responsabilidad por la sanción impuesta a una asociación, fijado en el 10% de la facturación de cada empresa miembro de la misma.

<sup>37</sup> 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, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea. BOE nº 36 de 11 de febrero de 2009, páginas 14654 a 14657.

<sup>38</sup> Las menciones al Reglamento 1/2003 deben entenderse realizadas al 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, «DOCE» nº 1, de 4 de enero de 2003, páginas 1 a 25.

<sup>39</sup> Indicaciones provisionales de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia sobre la determinación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 10 de octubre de 2018.

<sup>40</sup> Ese valor máximo de la sanción será en aplicación de la Directiva ECN+ el mínimo valor que debe tener el máximo de la sanción. Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior, DOUE L 11 de 14 de enero de 2019, páginas 3 a 33. Comentada en el Anuario de Competencia de 2018, "[La Directiva \(UE\) 2019/1 "ECN+"](#)": Necesidad y oportunidad de reforma de la legislación española en materia de competencia por Gerard Pérez Olmo, páginas 41 a 60.

<sup>41</sup> DOUE C 210 pág. 2, de 1 de septiembre de 2006.

ese volumen, debido a la propia redacción de la LDC. Las operaciones sin duda son algo más complejas, siendo todavía asequibles y asumibles que se puedan realizar en un tiempo reducido, si bien necesariamente algo superior a la situación anterior.

En cambio, la comunicación de 2018, al tomar en consideración la LDC, como indicó la referida sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero 2015, va más allá de la norma comunitaria al no solo fijar el máximo de la sanción en relación al volumen de negocios, sino que utiliza más directamente ese mismo concepto en la graduación de las sanciones tal y como dispone el artículo 63 de la LDC. Es por ello que el volumen de negocios de la sancionada tiene una mayor implicación en los cálculos para la determinación de la sanción.

Este cambio implica que el volumen de negocios tiene relevancia distinta en ambas comunicaciones y por ello impacta de una manera relevante en la necesidad de esa información<sup>42</sup>.

Adicionalmente, al anterior cambio la CNMC reconoció públicamente en mayo de 2018<sup>43</sup>, que en virtud del artículo 89.3 la [ley 39/2015](#)<sup>44</sup> debe incluirse un cálculo de la sanción en la Propuesta de Resolución de todo expediente sancionador, que permita por tanto a la imputada y casi seguro sancionada poder alegar al respecto<sup>45</sup>.

Estas cuestiones deben tomarse en consideración al realizar este tipo de análisis. Así como la predictibilidad de la necesidad de disponer de dicha información, que se producirá al inicio del ejercicio en el que se deba adoptar la resolución sancionadora, que se halla sujeta a un plazo conocido, como breve y certeramente expone el punto 16/14<sup>46</sup> del voto particular del magistrado Don Santiago Soldevila.

Un elemento importante adicional es si la información sobre el volumen de negocios del año anterior debe considerarse o no confidencial. Ello se responde, como se verá e indican algunas resoluciones, por el hecho que dicho dato aparece en las cuentas anuales que se depositan en el Registro Mercantil.

Sobre esta cuestión conviene señalar la claridad de todas y cada una de las resoluciones de 2018 de la CNMC considerando dicho dato como de carácter público<sup>47</sup>.

---

<sup>42</sup> Se puede contrastar el uso de la expresión de volumen de negocios en ambas comunicaciones sobre multas de la CNC y la CNMC referidas anteriormente.

<sup>43</sup> [Nota de prensa de 24 de mayo de 2018](#).

<sup>44</sup> Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, BOE nº 236, de 2 de octubre de 2015, páginas 89343 a 89410.

<sup>45</sup> Muchos letrados nos habíamos manifestado sobre esa necesidad, que curiosamente era seguida por la Comisión Europea, de la que la CNC había tomado inspiración clara para su comunicación salvo en este punto de práctica.

<sup>46</sup> Véase lo indicado en el pie de página 11 anterior.

<sup>47</sup> En la primera resolución [Derivados financieros](#) (S/DC/0579/16), pág. 110 de 116 se indicó "En aplicación del artículo 42 de la LDC, se declara confidencial la información solicitada por las partes, a excepción de aquella relativa al volumen de negocio total de las empresas correspondiente al año 2017." Idéntico texto en las resoluciones [Mensajería y paquetería](#) (S/DC/0578/16), página 176 de 195 y en [Estibadores de Vigo](#) (S/DC/0596/16) página 71 de 80. En la resolución de [Licitaciones de aplicaciones](#) informáticas (S/DC/0565/15) página 209 de 224 "Se deniega la solicitud de confidencialidad de los datos relativos al volumen total de negocios correspondiente al año 2017 por ser una información accesible al público." En [Agencias de medios](#) (S/DC/0584/16), página 85 de 94 "Esta Sala considera que el volumen de negocios total de las empresas es un dato público que debe corresponderse con el importe neto de la cifra de negocios que cada empresa recoge en sus cuentas anuales, que deben ser depositadas en el Registro Mercantil de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 365 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil." En [Baterías de automoción](#) (S/DC/0569/15), página 68 de 74, "Asimismo, no procede declarar confidencial la información relativa al volumen de negocios total de la empresa contenido en los folios 6504 y 6505, ya que se refiere a una información de carácter público." En [ABH/ISMA](#) (S/0415/12), página 66 de 72, "En aplicación del artículo 42 LDC, se declara confidencial la información solicitada por ISMA y por SRCL CONSENUR, a excepción de aquella relativa al volumen de negocios total de las empresas correspondiente al año 2017 al ser éste un dato público, que consta en las cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil." Y por último términos parecidos en la resolución [Costas Bankia](#) (S/DC/0587/16) en la página 69 de 78. La rotundidad y unanimidad de lo manifestado no deja lugar a la duda. Lo que se solicita es información pública.

## IV. LA PRAXIS ADMINISTRATIVA

### IV.1 Perspectiva general

La praxis administrativa que se examinará se compone de 175 resoluciones sancionadoras adoptadas sobre la aplicación de la LDC por el órgano encargado de aplicar las normas sancionadoras en España, esto es la CNMC en la actualidad y la CNC hasta 2013.

El siguiente cuadro contiene la situación a finales de 2019 de aplicación de las resoluciones sancionadoras<sup>48</sup>, indicando el número total, el número de resoluciones en las que en aplicación del artículo 37.1.a) se ha procedido a suspender el plazo para solicitar información sobre el volumen de negocios de la o las imputadas, y como contraste el número de caso en los que no se ha realizado<sup>49</sup>.

	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	Total
Resoluciones	9	10	29	29	25	13	22	13	7	8	9	174
Solicitud VN con suspensión	2	2	3	10	16	2	13	11	4	8	8	79
No solicitud VN con suspensión	7	8	26	19	9	11	9	2	3	0	1	95

A la vista de esas primeras cifras, la primera observación es que no siempre se usa el artículo 37.1.a) para obtener la información sobre el volumen de negocios de las empresas imputadas. Lo que supone que la CNMC a menudo obtiene ese dato sin tener que recurrir a la suspensión del plazo.

La segunda observación es que hay un cambio significativo en su uso en el momento en que entró en funcionamiento la CNMC, y que hay una tendencia común a ambas, a incrementar su uso conforme transcurre el tiempo.

La extinta CNC no usó casi ese motivo de suspensión en el primer año que adoptó un número importante de resoluciones bajo la aplicación de la ley LDC, esto es en 2009, 1 caso sobre 7, en 2010 sólo en 2 casos sobre 10, mientras que en 2011 se usó en 3 asuntos sobre 29, es decir poco relevante, y en 2012, lo usó en 10 procedimientos sobre 29 sancionadores, todavía muy inferior al 40%. Y sólo adquirió carta de naturaleza en 2013, cuando se usó en 16 procedimientos sobre 24, esto es más del 66% de los asuntos resueltos en el último año de la CNC<sup>50</sup>.

La CNMC no lo usa casi en su primer año, 2014, sólo en 3 de 10 procedimientos, en 2015 lo usó superando el 50% de los casos, casi un 60%, y adquiere carta de naturaleza en 2018 y 2019, así como en la única resolución de 2020, usando esa suspensión en el 100% de los asuntos.

Esto es la CNMC considera constantemente desde 2018, y de forma mayoritaria desde 2015, que no forma parte del procedimiento ordinario obtener la cifra del volumen

<sup>48</sup> Las resoluciones sancionadoras se han acotado a las infracciones relativas a los artículos 1 y 2 de la LDC, y en su caso 101 y 102 del TFUE. Por tanto se excluyen sanciones impuestas por otro tipo de infracción, como por ejemplo artículo 3 de la LDC, o por infracciones procesales de la LDC.

<sup>49</sup> No se ha incluido la única resolución en el momento de finalizar este artículo si bien se computará a efectos oportunos de cálculo, puesto que en la misma se aplicó el artículo 37.1.a).

<sup>50</sup> En máxima puridad el año 2013 debiera dividirse en las 23 resoluciones adoptadas por la CNC frente a las 2 adoptadas por la CNMC. De esas 2 en una se aplicó el 37.1.a) para solicitar la suspensión y en otra no. Eso supondría que en lugar de aplicarse en ese último año de CNC en un 64% lo habría sido en un 60%. Y para ese año la CNMC lo habría aplicado un 50%. No creo que merezca más que un pie de página, para mostrar que se ha examinado pero no se ha considerado relevante.

de negocios para la imposición de la sanción, y por ello recurre a la suspensión del plazo prevista por el artículo 37.1.a) de la LDC.

#### **IV.2 El volumen de negocio del año anterior, ¿es elemento de juicio o simplemente determinante de la sanción?**

De la lectura del artículo 64 de la LDC y de la doctrina expresada en la ya citada STS de 29 de enero de 2015, queda claro que el volumen de negocios anual de una empresa no es un elemento de juicio en el sentido de determinar si hay o no culpabilidad, y en cambio sí es determinante de la sanción que quepa imponer a la empresa imputada y que será sancionada.

Las sentencias del Tribunal Supremo deberán responder a ambas preguntas para establecer en primer lugar si la solicitud del volumen de negocios tiene encaje en la dicción del artículo 37.1.a) de la LDC para dar cumplimiento a su función nomofiláctica. Luego examinará la cuestión planteada por el voto particular en el que la casación tiene su origen inmediato.

En la Resolución [Coches de alquiler](#) (S-0380/11) de 30 de julio de 2013, se planteó si la suspensión para requerir el volumen de negocios debía considerarse justificada o no en las páginas 116 y 117 de 239. En la página 116 la alegación realizada por Helle Auto se queja en la contestación al requerimiento sobre el volumen de negocios que suspendió el procedimiento que esa actuación suponía una extensión irregular del plazo de caducidad en perjuicio de los incoados y con ello generando una desigualdad entre los plazos de que dispone la administración y el administrado sujeto a un procedimiento sancionador. Lo funda en dos cuestiones, la primera que esa información pudo solicitarse con anterioridad<sup>51</sup> y la segunda que era información pública.

La resolución tras titular el apartado "f) Suspensión injustificada del procedimiento con ocasión del requerimiento de volumen de negocios" realiza la siguiente consideración:

"El artículo 37.1.a) establece que "El transcurso de los plazos máximos previstos legalmente para resolver un procedimiento se podrá suspender, mediante resolución motivada [...] Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias, la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios", supuesto que concurre en este caso. De conformidad con el citado precepto, el Consejo de la CNC acordó de forma motivada la correspondiente suspensión, al considerar un elemento de juicio esencial para resolver cierta información adicional relativa al volumen de negocios que debía requerir a empresas incoadas.<sup>52</sup> Se trata de un tipo de información que no se incluye en registros públicos y accesibles con el desglose y nivel de detalle que precisa el Consejo de la CNC para continuar la tramitación del expediente (en cuanto a volumen de negocio en posibles mercados afectados, por ejemplo), a lo que debe añadirse el hecho de que no siempre se encuentra disponible para su consulta la información contenida en las cuentas anuales del ejercicio anterior<sup>53</sup>. Los requerimientos de este tipo de

<sup>51</sup> El requerimiento según consta en el AH 13 se realizó el 11 de junio de 2013 y se levantó la suspensión el 6 de julio de 2013, esto es 25 días naturales. Ese plazo es claramente superior al que corresponden legalmente, 15 días hábiles –lo que solía corresponder a unos 17 días naturales–, para realizar alegaciones. Helle Auto solicitó ampliación de ese plazo de unos 17 días naturales que le fue negado. Y que debe ser el origen de la queja, al comparar la relevancia de aportar un dato público, 25 días frente a realizar alegaciones a la propuesta de resolución, unos 17 días, ambos naturales.

<sup>52</sup> Conviene contrastar el punto de vista expresado por la CNC con los párrafos 6, 8 y 14 del voto particular del magistrado Don Santiago Soldevila.

<sup>53</sup> Efectivamente el Consejo no busca disponer del volumen de negocios de ejercicio anterior, sino el impacto en el mercado. Los tiempos han cambiado debido a la línea jurisprudencial iniciada con la sentencia de 29 de enero de 2015, [ECLI:ES:TS:2015:112](#) y puesto que con la ley 39/2015 la Dirección de Competencia debiera disponer de esa información para realizar la Propuesta de Resolución.

información se realizan, además, precisamente cuando adquiere especial relevancia o resulta oportuna a los efectos de la eventual aplicación de los artículos 62 y 63 de la LDC, como en este caso<sup>54</sup>." (Subrayado propio)

La resolución manifiesta que se encuentra no solo "plenamente justificada" sino "avalada" por la sentencia del Tribunal Supremo "de 13 de enero de 2010 (rec. 1279/2007)" en la que se puso de manifiesto que "si bien la caducidad de los procedimientos sancionadores es una institución jurídica con la que se trata de evitar la tardanza injustificada en resolver aquéllos, la decisión de suspender el plazo máximo para resolver debe entenderse válida si la demora no obedece a la desidia administrativa (sino que viene propiciada por la necesidad de resolver cuestiones complejas, por ejemplo)."<sup>55-56</sup>, así como otro dato que no consta en dicho registro posiblemente relativo al volumen de negocios del mercado afectado relativo a un tiempo anterior en muchos meses al momento de la petición. Cuestión compleja que una vez obtenida la respuesta permite a la CNC resolver el asunto en menos de 24 días naturales.

La CNC consideró relevante mencionar en apoyo de su argumentación las sentencias de la Audiencia Nacional "de 11 de mayo de 2011 (06/501/2009)," y "de 12 de mayo de 2011 (06/508/2009)"<sup>57</sup>.

La siguiente consideración es que no supuso ningún perjuicio y que no bastaba la alegación genérica, sino que era preciso demostrar la existencia de indefensión<sup>58</sup>. Indicando que sobre la base del artículo 49.3 de la ley 30/1992 la ampliación de plazos es una facultad discrecional, y que según una sentencia de la Audiencia Nacional no genera indefensión. Para finalmente indicar que si bien la información relativa al volumen de negocios total del ejercicio anterior estaba disponible, no lo estaba la información relativa al volumen de negocios del mercado afectado<sup>59</sup>.

De esta resolución de la CNC<sup>60</sup> conviene señalar que en el dispositivo primero se indica claramente que la infracción finalizó en 2011, esto es el ejercicio anterior en dos años al de imposición de la sanción. Por esa razón dicha información pudo solicitarse con anterioridad, si no se hubiera hecho.

Es relevante señalar que, en ese procedimiento, la solicitud de información sobre el volumen anual de negocios de las empresas a sancionar se produjo el 11 de junio –AH<sup>61</sup> 13 de la resolución–, un mes antes de la caducidad del expediente –el 12 de julio– porque se había incoado el 12 de enero de 2012 –AH 7–. Y que la suspensión del procedimiento se prolongó durante 25 días, lo que permitió que la resolución no incurriera

<sup>54</sup> Este punto parecería respaldar la acumulación con recalificaciones o con la comunicación a la Comisión europea sobre la base del artículo 11.4 del Reglamento 1/2003.

<sup>55</sup> Esta consideración supone atribuir el nivel de "cuestión compleja" el obtener un dato disponible en el Registro Mercantil.

<sup>56</sup> Parece sugerir la posibilidad de acudir directamente al Registro Mercantil. No es frecuente, si bien en el asunto [Industrias Lácteas 2](#) (S/0425/12) la CNMC acudió a datos del Registro Mercantil para adoptar un criterio sobre las cifras a tomar en consideración para la sanción de una de las imputadas, véase página 146 de 152 de la resolución.

<sup>57</sup> Es preciso señalar que ambas sentencias abordaban la cuestión sobre la base de la anterior ley 16/1989 cuyo redactado es distinto de la LDC, como ponen de manifiesto los fundamentos jurídicos 3º y 5º respectivamente de las sentencias.

<sup>58</sup> Posiblemente quepa argumentar la compatibilidad de esa manifestación con la institución de la caducidad.

<sup>59</sup> Dicha información debe referirse al tiempo de la infracción cometida que según el dispositivo 1 de la resolución finalizó en octubre de 2011. Esto es más de un año y medio antes del momento de la solicitud. Información que al parecer no fue recabada en ningún momento por la instrucción del expediente, y sólo cuando queda un mes de plazo antes de caducar el órgano de resolución solicita. La sentencia citada por la propia resolución en este punto del Tribunal Supremo pone de relieve una posible solución a estos hechos, porque posiblemente no encajen en el concepto de "diligencia administrativa".

<sup>60</sup> Debe señalarse que en aquel momento se aplicaba por la CNC la "Comunicación de la CNC sobre cuantificación de sanciones por infracción de los artículos 1, 2 y 3 de la ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea" de 6 de febrero de 2009. Por lo que la facturación del último ejercicio anterior a la resolución sólo servía para contrastar que no se superaba el límite máximo, como se entendía en aquel momento de esa cifra, como recoge específicamente las páginas 221 a 223 de la resolución.

<sup>61</sup> AH: Antecedente de Hecho.

en caducidad, en la medida que se notificó a los sancionados dentro del nuevo plazo de caducidad, según la CNC. Y tras más de tres meses de que el expediente se hubiera elevado al Consejo, que sabía en aquel momento que la DI había invertido ya más 13 meses, y le quedaba al Consejo menos de 4 meses y medio.

#### **IV.3 Obtención del volumen de negocios del año anterior ¿siempre mediante suspensión?**

A la vista del anterior cuadro se puede responder con seguridad que no siempre se suspende el plazo máximo de resolución cuando se solicita el volumen de negocio de las empresas, si bien ese extremo se aborda de manera detallada en una resolución de 2013 sobre [Correos](#) (S/0341/11), en las páginas 17 y 18:

“El Consejo, tras el análisis de la instrucción llevada a cabo por la Dirección de Investigación, observa que ésta se ha producido con el más estricto respeto a los cauces procedimentales establecidos en la LDC y en el RDC, sin que haya encontrado indicio alguno de una instrucción parcial y predeterminada a sancionar a la empresa incoada. Por lo demás, las afirmaciones groseras de CORREOS son de carácter genérico y no se fundamentan en prueba alguna.

El ejercicio de la potestad sancionadora reconocida por el artículo 63 de la LDC a este Consejo, en los términos establecidos en los artículos 61 a 64 de la misma Ley, así como el artículo 34.1 del RDC que impone a la Dirección de Investigación que determine en la Propuesta de Resolución elevada a este Consejo, entre otros extremos, la responsabilidad que corresponda al autor de la infracción que se considere acreditada, motiva que aquélla demande, de quien entiende es responsable de una infracción de la LDC (calificación que tiene lugar con la formulación y notificación del Pliego de Concreción de Hechos; art. 33.1 del RDC), información relativa a su volumen de negocios. Es práctica común en esta Comisión que en los procedimientos sancionadores de competencia el órgano de investigación realice este requerimiento con ocasión de la notificación del PCH a las partes, momento procesal que este Consejo considera correcto, en la medida en que ya existe una primera imputación de infracción, por ello, en modo alguno, se puede considerar la actuación criticada como un hecho revelador de una instrucción parcial y predeterminada.” (Subrayado propio)

Como refrendo de lo anterior señalemos otra resolución más reciente en la que se indica con claridad que se ha solicitado, sin suspensión el volumen de negocios, y en los que no ha sido necesario posteriormente por el Consejo solicitar el dato con suspensión del plazo para el procedimiento. La resolución del expediente [Cables BT/MT](#) (S/DC/562/15) en el AH 15 se indica:

“**15.** Con fecha 24 de enero de 2017, el instructor requirió a los interesados información sobre volumen de negocios total de las empresas en el año 2016, así como del mercado afectado de los años correspondientes a la duración de la infracción.”

#### **IV.4 ¿Cuándo se produce la suspensión para solicitar el volumen de negocios?**

Del análisis de todas las resoluciones cabe concluir que todas las suspensiones para solicitar el volumen de negocios se producen en la fase de resolución ante el Consejo. Como se ha indicado anteriormente en fase de instrucción se solicita si bien no se suspende el plazo de caducidad. Muchas veces aquellas solicitudes se efectúan con el

pliego de concreción de hechos (en adelante PCH) o con la Propuesta de Resolución cuando las empresas están realizando alegaciones a dichos trámites<sup>62</sup>.

En el siguiente cuadro se facilita información para un examen adecuado del momento en que se produce esa suspensión analizaremos distintos momentos temporales, como la solicitud de suspensión en relación con el inicio de la fase de resolución, la elevación al Consejo, y con el final de la misma, la adopción de la Resolución se ha calculado.

**Cuadro presentando ciertos valores estadísticos de las suspensiones sobre la base del artículo 37.1.a) para solicitar el volumen de negocios de las imputadas y probable sancionadas**

	Primer período		Tercer período	
	Días	Meses	Días	Meses
Media	148	4,88	31	1,03
Valor máximo	790	25,99	99	3,26
Valor mínimo	17	0,56	1	0,03
Mediana	136	4,47	23	0,74
Moda	160		12	

En este cuadro se muestra datos relevantes estadísticos del resultado de analizar las 84 resoluciones sancionadoras adoptadas sobre la LDC y en las que el Consejo de la CNMC ha aplicado la suspensión del artículo 37.1.a) para solicitar el volumen de negocios a las empresas. Señalar que esas 84 resoluciones sancionadoras de la LDC es un número significativo, casi un 50%<sup>63</sup>, del total de resoluciones sancionadoras dictadas en aplicación de la LDC.

El análisis realizado divide el período de resolución en tres sub-períodos consecutivos: uno primero que se inicia con la elevación de la resolución al Consejo hasta el inicio de la suspensión, un segundo que es el período de suspensión, y el tercero y último que transcurre desde que se levanta la suspensión hasta la adopción de la resolución.

La información que aporta es muy relevante pues prueba que el Consejo tarda mucho en invocar el artículo 37.1.a) para solicitar el volumen de negocios del ejercicio anterior al de imposición de la sanción. Una media de 148 días, pensemos que equivale a casi 5 meses, y en principio la normativa estima que el período de resolución debería situarse en 6 meses. Y con una mediana muy cercana a la media en 136 días, esto es más de 4 meses. Este último dato significa que en la mitad de las resoluciones sancionadoras en que se ha solicitado el volumen de negocios suspendiendo el plazo, y casi una cuarta parte del total han tardado más de 4 meses, esto es el 66% del tiempo asignado a resolución en solicitarlo.

Mientras que, en contraste con lo anterior, el tercer período es mínimo por no decir escaso o en algún caso casi inexistente. Véase que hay bastantes expedientes en que solo transcurre 1 día entre el levantamiento y la adopción de la resolución, el valor mínimo. La "moda", esto es el período que se da más veces, son 12 días, de hecho el siguiente

<sup>62</sup> Algunos ejemplos que se pueden facilitar, aparte de la anteriormente mencionada resolución de [Correos](#) (S/0341/11) que le da carta de naturaleza a esa petición en instrucción, si bien le consta al autor que no se consigna en todos los casos, en la resolución de los [concesionarios de Opel](#) (S/0489/13) se indica en el AH 12 que se la DC requirió esa información y se indica la entrada de las respuestas; más recientemente en [Mensajería y Paquetería](#) (S/DC/0578/16) en el AH 16 se solicita tras recibir las alegaciones al PCH; y en [ANELE](#) (S/DC/0594/16) AH 10 que indica la solicitud con el PCH, e incluso se vuelve a requerir el volumen de negocios a finales de octubre de 2018.

<sup>63</sup> Exactamente un 48%.

más repetido es 1 día. La media son 31 días, debido a que hay algunos valores muy altos, en comparación con un gran número de eventos en que son muy bajos, puesto que la mediana se sitúa en 23 días<sup>64</sup>, un valor muy inferior a la media<sup>65</sup>.

Esto significa que la última actuación significativa que hace la CNMC en los expedientes sancionadores en que se solicita con suspensión el volumen de negocios, es precisamente ese.

Es preciso recordar que la muestra de resoluciones en las que se ha solicitado el volumen de negocios con aplicación del artículo 37.1.a) es aproximadamente la mitad de las resoluciones sancionadoras de la CNMC.

En resumen, se solicita el volumen de negocios muy tarde en el cronograma de los procedimientos sancionadores.

En relación con el uso del dato obtenido ya se ha comentado lo breve que puede ser, lo más habitual son 12 días, y el siguiente valor más repetido es 1 día. Esto se corrobora por ejemplo en el expediente [Montaje y Mantenimiento Industrial](#) (S/DC/0612/17) como pone de manifiesto los párrafos 16 y 17 de esa resolución, página 10/229, en la que se indica que la CNMC recibió las respuestas de la mayoría de las imputadas y posteriormente sancionadas entre un viernes y un lunes, 27 y 30 de septiembre de 2019, y el Consejo adoptaba la resolución el día siguiente martes 1 de octubre de 2019<sup>66</sup>.

No es la única resolución que prueba la rapidez con que opera la CNMC una vez recibidos los datos sobre la facturación. Lo que por lo menos significa que una vez obtenido el dato no tiene por qué comportar una carga de trabajo significativa y puede obtenerse un resultado rápido.

#### **IV.5 El cómputo del plazo de caducidad al inicio de la fase de resolución**

Como ya se ha ido examinando en los apartados anteriores aparece un problema con los tiempos del expediente y el reparto que sugiere el artículo 28 del RDC entre las fases de instrucción y resolución. Esto sorprende cuando se examinan los tiempos reales de los expedientes puesto que algunos son elevados al Consejo con un tiempo restante que hace hartos difícil pensar que se vaya a poder analizar y resolver debidamente, salvo que se obvie la función real, que pretende la CNMC sea jurisdiccional, y simplemente de una credibilidad completa a lo manifestado por la DC sin el más mínimo examen crítico.

En algunos asuntos el plazo restante de caducidad es muy escaso, inferior a tres meses, incluso en algunos casos es de poco más de dos meses<sup>67</sup>. En otros siete expedientes el plazo del que disponía el Consejo al elevarle el órgano instructor el expediente era inferior a cuatro meses. Conviene decir que en ese tiempo hay que leer y asimilar debidamente toda la información del expediente, así como analizar las alegaciones realizadas por los imputados en la Propuesta de Resolución junto con las periciales aportadas, así como en su caso realizar pruebas, y otras actuaciones. El hecho de que un buen número de expedientes, al iniciarse la fase de resolución, no alcancen esa cifra orientativa reglamentaria de 6 meses<sup>68</sup>, es preocupante en cuanto a la limitación que

<sup>64</sup> Este valor así como la representatividad de la muestra, alrededor de un 50% del total de expedientes sancionadores de la LDC, supone que al menos en un 25% de los expedientes sancionadores transcurren menos de 23 días entre que el Consejo de la CNMC dispone de esa información y la resolución se aprueba.

<sup>65</sup> Esto implica que aproximadamente en igual número de expedientes hay valores inferiores a 23, como superiores.

<sup>66</sup> El plazo de caducidad incluso con las suspensiones se cumplía ese mes de octubre. En este asunto el Consejo dispuso entre que se le elevó el expediente y resolvió de un plazo inferior a cuatro meses entre los que se incluye el mes de agosto.

<sup>67</sup> [Concesionarios Opel](#) (S/0489/13), [Concesionarios Land Rover](#) (S/0487/13), Concesionarios [Toyota](#) (S/0486/13).

<sup>68</sup> Artículo 28 del RDC.

le supone al Consejo para considerar debidamente el expediente, y en la medida que pueda afectar a decisiones como la de celebrar vistas.

Esta situación se recoge en la resolución de algunos de esos expedientes como el de los Concesionarios de Volkswagen y Fabricantes de Automóviles, siendo notorio que en el primero la CNMC tuvo que recurrir a la aplicación del artículo 37.4 de la LDC y extender el plazo del expediente tres meses más con todas las reservas que supone esa disposición, y el momento en que se adoptó. En la resolución del expediente [Fabricantes de automóviles](#) (S/0482/13), en las páginas 78 y 79 se indica:

“5.1. Sobre los plazos de tramitación del expediente

RENAULT, GENERAL MOTORS, KIA, BMW, NISSAN, FORD, HYUNDAI, TOYOTA CHEVROLET alegan que la prolongación de la duración de la fase de instrucción del expediente ha privado a los interesados de la fase de deliberación y resolución, mediante el agotamiento de facto del plazo máximo del expediente, lo cual habría afectado al derecho de defensa de las partes. Las empresas que formulan esta alegación sostienen que la ampliación, que definen como desproporcionada, del período de instrucción supone a su vez “acortar a poco más de un mes el período en el que la Sala ha de conocer sobre el expediente” (alegaciones de FORD, y análogamente del resto de mercantiles citadas). Consideran estas incoadas que dadas las particularidades de este expediente en términos de complejidad y extensión, el Consejo no dispondría del tiempo suficiente para realizar un análisis sosegado e íntegro del mismo, y por tanto no puede emitir un verdadero juicio de valor objetivo sobre la conducta analizada, lo que consideran que afecta gravemente a la separación de las funciones de instrucción y resolución.

Esta Sala de Competencia debe rechazar esta clase de alegaciones. Y ello por consideraciones de carácter tanto formal como material. Desde la perspectiva de los hechos, tal como se ha señalado en los AH, el 22 de mayo de 2015, la DC elevó al Consejo de la CNMC su Informe y Propuesta de Resolución. Con fecha 2 de junio de 2015, se acordó, de conformidad con el artículo 37.2 c) de la LDC, la remisión a la Comisión Europea del Informe Propuesta, la cual tuvo lugar el 3 de junio de 2015, lo que supuso la suspensión con tal fecha del plazo máximo para resolver el expediente. Tal como se señaló en el acuerdo de levantamiento de la suspensión, de 3 de julio de 2015, la nueva fecha de caducidad del expediente es el 7 de agosto de 2015. Esta suspensión obligada, previsible y vinculada al informe al que se refiere el artículo 37.2 c) de la LDC ha provocado que el tiempo disponible para resolver, por tanto, haya sido superior al señalado por las incoadas en sus alegaciones.

Por otro lado, hay que recordar que la Sala de Competencia tiene la facultad de valorar, a la vista del expediente, si concurren las razones que justifican la ampliación excepcional del plazo máximo de resolución, conforme permite el artículo 37.4 LDC. Esta Sala de Competencia ha acordado tal ampliación del plazo máximo de duración del procedimiento en otros casos recientes<sup>125</sup> [125 Expte. S/0471/13 CONCESIONARIOS AUDI/SEAT/VW.], al valorar que concurrían circunstancias excepcionales que exigían un tiempo de valoración del expediente que excedía el restante para la caducidad en ese caso.”

Y en la resolución de Concesionarios [Audi/Seat/Volkswagen](#) (S/0471/13), al que hacía referencia el pie de página 125 citado de la anterior resolución, en las páginas 124 y 125 se indica:

“5.1. Sobre los plazos de tramitación del expediente y los acuerdos de denegación de ampliación de plazo de contestación del Pliego de Concreción de Hechos

Algunas incoadas (así, HERGO MOTOR, folios 40862 y siguientes) señalan que se ha sobrepasado, sin justificación alguna, el plazo previsto para la instrucción del expediente y que, a consecuencia de ello, el Consejo no dispone de un tiempo razonable para dictar resolución fundada antes de que se supere el plazo de 18 meses que determina la caducidad del expediente. A la vez, se reprocha a la DC ha denegado sistemáticamente las solicitudes de ampliación de plazo para alegaciones a la PCH.

Esta alegación relativa al plazo disponible por esta Sala para el enjuiciamiento de la instrucción y la adopción de la resolución que corresponda, más allá de otras consideraciones, ha perdido su objeto por la evolución posterior de los hechos. Como se ha señalado en los Antecedentes de Hecho, con fecha 5 de febrero de 2015 se acordó por la Sala de Competencia de la CNMC, de conformidad con el artículo 37.4 de la LDC, la ampliación del plazo máximo de duración del procedimiento en tres meses. Ello se realizó atendiendo al volumen del expediente tramitado, el número y condición de las posibles infracciones que la DC considera acreditadas, el número de entidades incoadas y la complejidad de la determinación individualizada de responsabilidades, y de las multas a imponer, en su caso. Se consideró que los citados elementos requerían de la Sala de Competencia un estudio y análisis minucioso cuya duración en el tiempo razonablemente sobrepasaba la de otros expedientes sancionadores de menor complejidad y, en todo caso, excedía del tiempo restante para la caducidad en el presente caso.

Esta Sala considera que la DC da cumplida respuesta en su PR a las alegaciones relativas a la falta de ampliación del plazo legal de 15 días para formular alegaciones al PCH. La posición del extinto Consejo de la CNC, reiterada por esta Sala de Competencia de la CNMC<sup>162</sup>, sobre la condición discrecional y excepcional de la ampliación de plazo se fundamenta en la doctrina del Tribunal Constitucional. relativa (sic) a cuándo se produce un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa, y deriva del principio de eficacia y la obligación de resolver en plazo, en interés de los administrados.” (Subrayado propio)

Esta situación de reducción significativa del plazo de que dispone el Consejo de la CNMC para resolver todo expediente sancionador se plasma con toda claridad en esas resoluciones, viendo como en el caso de los Concesionarios AUDI/SEAT/VW dio lugar a que se aplicase por única vez el artículo 37.4 de la LDC y el Consejo se dotara de un plazo para resolver, toda vez que cuando se produjo la elevación del expediente por la Dirección de Competencia quedaba solamente menos de 1 mes para la caducidad<sup>69</sup>.

#### **IV.6 La información solicitada mediante suspensión**

En este punto conviene examinar la información que la CNMC solicita en la fase de resolución, con suspensión del plazo, en relación con el dato del volumen de negocios. En muchos casos, como por ejemplo en la última resolución adoptada, en febrero de 2020, [Radares Meteorológicos](#) (S/DC/0626/18) se adapta perfectamente a lo que cabía esperar, como se puede contrastar en el AH 14 de la resolución.

“14. Con fecha 16 de enero de 2020, la Sala de Competencia de la CNMC acordó **requerir a las empresas el volumen de negocios correspondiente al año**

<sup>69</sup> Lo que se refleja en el AH 7 que pone de manifiesto que la incoación del expediente tuvo lugar el 29 de agosto de 2013, por lo que los 18 meses del artículo 36 de la LDC, se cumplían el 28 de febrero de 2014, al no ser bisiesto ese año, ni haberse suspendido el procedimiento, y como indica el AH 49 la elevación al Consejo tuvo lugar el 29 de enero de 2015.

**2019.** El plazo máximo para resolver el procedimiento quedó suspendido en aplicación del artículo 37.1 a) de la LDC (folios 3188 a 3190).” (subrayado propio)

La información solicitada por la CNMC se ajusta al patrón que cabría esperar de información para disponer del dato de la facturación del año anterior, salvo en algunos casos que no se especifica en los antecedentes de hecho, la información solicitada<sup>70</sup> o en otras en que claramente se solicita información muy anterior<sup>71</sup> o en otras que reiteran la solicitud en un espacio temporal breve suspendiendo<sup>72</sup>. En otros se solicitó información adicional<sup>73</sup>, y hay incluso un caso en el que se solicita más información, si bien se consigna en el respectivo AH 26 exclusivamente la petición que se refería al volumen de negocios del año anterior, 2017<sup>74</sup>.

#### IV.7 Doble petición de información con suspensión

En al menos dos resoluciones se suspendió dos veces el procedimiento para solicitar el volumen de negocios, en el expediente de [Redes abanderadas](#) (S/0484/13) y en [Grupos de gestión](#) (S/0455/12), que conviene examinar para comprender los motivos o razones que pudieron conducir a esa doble petición con suspensión. No es lo normal, pero como situación atípica conviene examinar por si permitiera alguna explicación.

En la primera resolución cronológica, la de [Redes Abanderadas](#) (S/0484/13) se solicita una primera vez el volumen de negocios el 30 de marzo de 2015, AH 33, a diversas empresas, y como veremos hay una segunda solicitud menos de tres meses más tarde, AH36, solicitando lo mismo al menos a una empresa. La explicación aparece en el AH 35 y se debe a la interposición de un recurso administrativo de una de las empresas imputadas, y posteriormente sancionada, por el que se solicitaba la suspensión del requerimiento.

Sorprende que en el segundo requerimiento parece dirigirse a empresas que ya habían contestado el anterior, sin que haya mayor explicación al respecto, puesto que la interposición del recurso contencioso-administrativo solo debió afectar a la empresa que lo interpuso y solicitó la suspensión.

Conviene incidir en que en ambas solicitudes hay una reiteración de peticiones y por otro lado conviene ver las fechas. En el párrafo 35 se puede ver el momento en el que la CNMC recibe la comunicación un martes 2 de junio, y le lleva unos 9 días, hasta el jueves 11 de junio para solicitar de nuevo los datos de facturación, AH 36. Datos que son

<sup>70</sup> [Palés](#) (S/0428/12) AH 33, [Postes de Hormigón](#) (S/0473/13) página 3, [Puerto de Santander](#) (S/0464/13) AH 17, [Industrias Lácteas 2](#) (S/0425/12) AH 17, [Fabricantes de Papel](#) (S/0469/13), AH 13, [Mudanzas Internacionales](#) (S/DC/0544/14) AH 19, [Servicios Fotográficos](#) (S/DC/0538/14) AH Decimosegundo.

<sup>71</sup> Como en las resoluciones [Recogida de papel](#) (S/0430/12) AH 18, que solicita el volumen de negocios desde el año 2007 al 2013, [ICOGAM](#) (S/DC/0516/14) AH 17 información desde 2009 a 2014, [Colegio de Abogados de Guadalajara](#) (S/DC/0560/15) AH 16.

<sup>72</sup> [Redes Abanderadas](#) (S/0484/13) AAHH 33 y 36, diferencia de menos de 2 meses y medio entre ambos requerimientos en el mismo año natural. Dos empresas distintas de la que solicitó la suspensión se vieron requeridas a facilitar supuestamente la misma información. En cambio en [Grupos de Gestión](#) (S/0455/12) AAHH 13 y 16 se solicitó dos veces, debido a una interrupción debida a un procedimiento contencioso administrativo. Se examinará a continuación.

<sup>73</sup> En las resoluciones de los concesionarios ([Toyota](#) (S/0486/13) AH 19, [Hyundai](#) (S/0488/13) AH 15, [Land Rover](#) (S/0487/13) AH 12, [Opel](#) (S/0489/13) AH 17 y [Audi/Seat/Volkswagen](#) (S/0471/13) AH 49, se reiteró la solicitud, efectuada en la fase de instrucción, de aportar información sobre el volumen de negocios de la marca en concreto, si no se había aportado con anterioridad, y en las resoluciones de [Chevrolet](#) (S/DC/0505/14) AH 27, y [Volvo](#) (S/DC/0506/14) AH 30) que se aportara el volumen de negocios de la marca de ejercicios anteriores, y en el último expediente en determinadas comunidades autónomas. En DTS (S/0436/12) AH 31 se solicitó el volumen de negocios en el mercado afectado.

<sup>74</sup> [Licitaciones de Aplicaciones Informáticas](#) (S/DC/0565/15) Comparar el AH 26 con la página 209 de la resolución. En la página 209 aparece información aportada con posterioridad al 10 de mayo de 2018 y que puede beneficiarse de la confidencialidad siendo esa solicitud el único trámite en el que se aportó. Lo más sorprendente es que esa información que pudo ser el motivo de una prórroga, como pone de manifiesto el segundo párrafo del AH 26 –pues parece difícil que en a finales de junio las sociedades precisasen de una prórroga para facilitar un dato público-, no fue usada por la CNMC en el cálculo de la sanción. Ver páginas 210 a 215 de la resolución.

reiterados y que coinciden en parte con los solicitados en el AH 33. Y en el AH 37 se constata como en la siguiente reunión del Consejo los datos se hallan ya incorporados y puede aprobarse la resolución. Lo que es quizás aún más curioso es que con o sin suspensión, al expediente le quedaban antes de que caducara más de 250 días.

En la segunda resolución, [Grupos de gestión](#) (S/0455/12), operaron dos solicitudes con suspensión del procedimiento, si bien entre la primera, de 27 de marzo de 2014, AH 13, y la segunda, el 7 de abril de 2016, AH 15, transcurrieron 2 años

La segunda solicitud, AH 15, refleja un olvido en la primera, AH 13, en la que se solicitaron las facturaciones de 2011 y 2012 además de la del anterior ejercicio. En esa segunda se solicitan además las de 2009 y 2010. En este asunto a diferencia del anteriormente examinado, si no se hubiera dado la segunda suspensión entre la fecha de adopción y la caducidad hubieran quedado unos 20 días naturales.

Por otro lado, y a la vista del referido plazo que era conocido en el momento de la suspensión que medió entre ambas solicitudes de información, según el AH 14 de la resolución la CNMC no realizó actividad alguna durante ese plazo tan largo, como por ejemplo comprobar qué faltaba para concluir el expediente. Y eso que recibió una advertencia indicadora que la suspensión que había interrumpido el procedimiento tras la primera solicitud se hallaba cercana a su fin, el 22 de enero, esto es dos meses antes<sup>75</sup>.

#### **IV.8 El impacto en la suspensión para obtener el volumen de negocios de otra causa de suspensión, la notificación de la propuesta de resolución a la comisión europea**

El reglamento 1/2003 del Consejo que supuso un cambio importantísimo en la praxis del derecho de la competencia, europeo y nacional, contempla una figura a mi entender muy anómala como es el artículo 11.4<sup>76</sup>.

El apartado 4 del mencionado artículo dispone que las autoridades nacionales, en este caso CNC y CNMC, deben remitir la resolución que vayan a adoptar o un proyecto de la misma a la Comisión europea con un plazo mínimo de 30 días para que esa administración pueda hacer comentarios<sup>77</sup>.

Esa actuación supone cuanto menos que el órgano que resuelve, el Consejo de la CNMC, y anteriormente de la CNC, cuando consideraban necesario sancionar sobre la base no solo del derecho español, la LDC, sino también del europeo, artículos 101 o 102 del TFUE comunicaban a la Comisión Europea el proyecto de resolución con al menos 30 días de antelación a su adopción.

La aplicación del referido artículo 11.4 del Reglamento 1/2003 en nuestro derecho nacional se halla regulada en tres artículos concretos de la LDC, en el artículo 37.2.c)

<sup>75</sup> En este punto indicar que resulta curioso el doble rasero que se utiliza en párrafos consecutivos, pues en uno se refiere al oficio remitido por la AN a la CNMC, y en el siguiente a la notificación por Lexnet. La pregunta que surge inmediatamente es ¿Si el auto desestimando el recurso fue notificado por Lexnet en una fecha anterior? Si fuera así sería relevante no solo a los efectos de los cómputos que estamos realizando sino a los efectos de la suspensión derivada del RCA.

<sup>76</sup> Digo anómala porque considero que fue un parche para no establecer lo que se propuso en algún momento de imponer una armonización total de los conceptos de infracciones al derecho de la competencia y que el derecho nacional no tuviera margen alguno. La situación finalmente reflejada en el artículo 3 de ese reglamento, sitúa al artículo 11 en una posición extraña pues son actuaciones administrativas que no pueden ser objeto de recurso alguno, ni tan solo accesibles ni a las partes afectadas, ni aun cuando afecte a derechos fundamentales. Espero abordar la cuestión en breve.

<sup>77</sup> Señalar que como muy bien indica el artículo "[El trámite de información y observaciones del artículo 11.4 del Reglamento 1/2003 y su encaje en el procedimiento sancionador español](#)" Cantos Baquedano, Francisco y Entrena Rovers, Jonathan, del Anuario de Competencia de 2013, páginas 281-300 no queda claro si la realidad de su aplicación coincide con la norma, como por ejemplo en si los comentarios se realizan por escrito u oralmente.

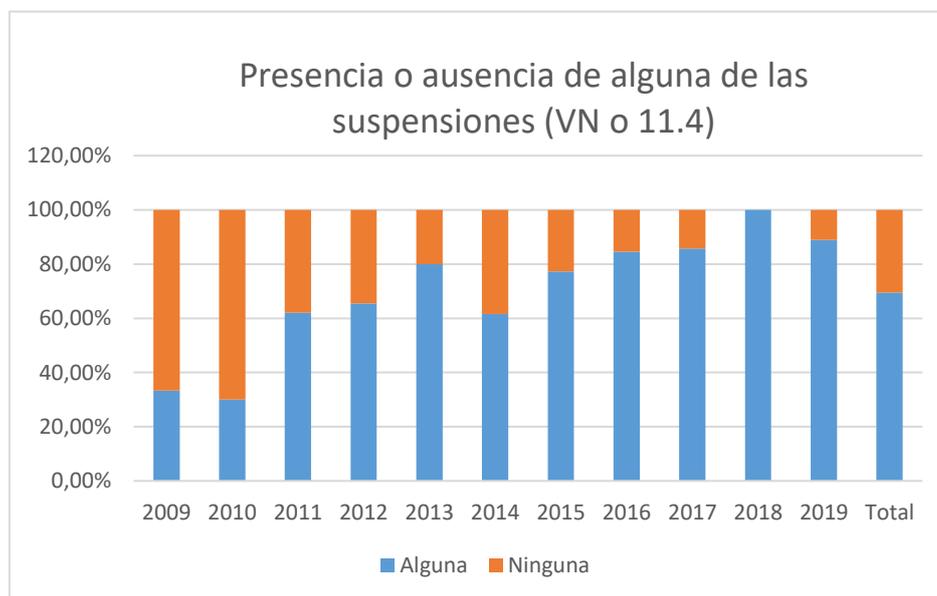
como causa de suspensión del procedimiento, en el 42.2 sobre el secreto de las comunicaciones realizadas por la Comisión Europea<sup>78</sup> y en el artículo 51.5.

El artículo 37.2.c) es una de las causas de suspensión más utilizadas, al igual que el artículo 37.1.a) De hecho un examen de las 175 resoluciones sancionadoras que componen la praxis de la LDC por la CNC y CNMC permite ver que hay un número relevante de resoluciones en las que coinciden ambas causas de suspensión: la de la solicitud del volumen de negocios, ex artículo 37.1.a) y la de la comunicación a la Comisión Europea, ex artículo 37.2.c). Exactamente hay 85 resoluciones en las que se plantea la primera, 84 en las que la segunda y coinciden ambas en 49 resoluciones, lo que representa un 28% de las 174 resoluciones sancionadoras examinadas, que puede considerarse representativo.

**Cuadro con el número de resoluciones total por año y las que invocan la suspensión del artículo 37.1.a) para obtener el volumen de negocios, y las suspensiones basadas en el artículo 37.2.c).**

	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	Total
Resoluciones	9	10	29	29	25	13	22	13	7	8	9	174
Solicitud VN suspensión	2	2	6	13	16	3	13	10	4	8	8	85
Suspensión 11.4	3	2	16	12	11	8	10	5	4	6	7	84

**Gráfico que muestra el número de resoluciones en que ha sido invocada alguna de las causas de suspensión referidas y en las que no se ha invocado**



Profundizando en la cuestión, el gráfico nos permite observar cuándo se han dado una de las dos causas de suspensión que se analizan, la dirigida a obtener el volumen de negocios, mediante el artículo 37.1.a) de la LDC, y la dirigida a comunicar a la Comisión Europea, fundada en el artículo 37.2.c) de la LDC. El gráfico en la presentación porcentual

<sup>78</sup> Objeto a comentar en otro momento y reflejado en el artículo de Anuario anteriormente citado sobre la ampliación jurisprudencial del mismo.

nos permite ver como en algunos casos la presencia de las causas de suspensión examinadas se da en más del 80% y alcanzando en 2018 el 100%.

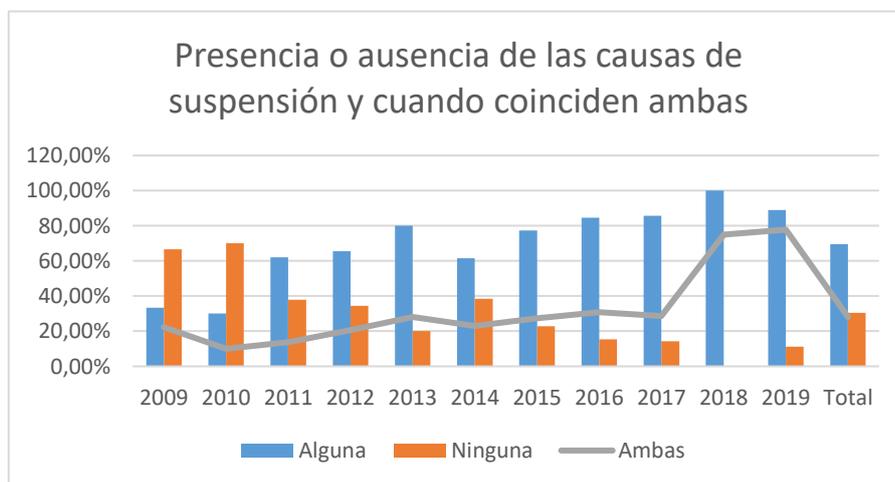
Además, permite ver cómo a partir de 2014 esto es la CNMC la invocación de alguna de esas dos causas suspensión o de ambas se ha incrementado significativamente en comparación con la CNC. Lo que se confirma con la tabla adjunta que comprende los datos que corresponden a cada período<sup>79</sup>.

#### Desglose de los datos entre la CNC y la CNMC

	CNC	CNMC
Total	100	75
VN	38,00%	62,67%
11.4	44,00%	53,33%
Alguna	62,00%	78,67%
Ninguna	38,00%	20,00%
Ambas	20,00%	38,67%

Véase como el incremento en la existencia de cada una de las causas de suspensión es muy significativo en las resoluciones adoptadas por la CNMC frente a las adoptadas por la CNC.<sup>80</sup>

El siguiente gráfico nos permite observar cuándo se da una u otra, o ambas causas de suspensión analizadas, la relativa a obtener el volumen de negocios, y la comunicación a la Comisión Europea.



Conviene en este punto analizar el momento temporal en el que ambas coinciden porque puede ser relevante. Se trata de dos situaciones en las que la CNC o CNMC se halla convencida de que hay una actuación contraria al derecho de la competencia y que debe sancionarse, si bien en una precisa una información que la empresa puede facilitar,

<sup>79</sup> En 2013 dos resoluciones fueron adoptadas por la CNMC, y también se ha incluido la de 2020 para dar una idea lo más correcta posible

<sup>80</sup> Lo es tan significativo como que incluso si en las siguientes 25 resoluciones no se diera ninguna de esas causas de suspensión analizadas la valoración a derivar de los indicadores sería muy poco distinta a la actual, si bien obviamente se matizaría. Y esto es representativo puesto que 25 es un tercio del dato base de resoluciones adoptadas por la CNMC.

y en la otra realiza una comunicación administrativa a una administración que tiene cuanto menos una cierta ascendencia sobre la autoridad de competencia española.

El siguiente cuadro refleja las diferencias medias temporales en días naturales entre el final de la suspensión fundada en el artículo 37.2.c) de la LDC y el inicio de la suspensión fundada en el artículo 37.1.a) de la LDC. Esto supone que como la mayoría de resoluciones cronológicamente han suspendido primero sobre el artículo 37.2.c) y luego sobre el artículo 37.1.a) de la LDC dará un valor positivo. Cuando el valor es negativo significa que cronológicamente se ha suspendido primero sobre el último artículo mencionado y luego se ha tramitado la comunicación del artículo 11.4 del Reglamento 1/2003.

	Media	Resoluciones
Media positiva	41,28	36
Media negativa	-22,67	12
Media total	25,29	48

Esas diferencias positivas o negativas se han computado separadamente los valores positivos y negativos, y luego de manera conjunta para obtener una media total. El que la media total sea positiva significa que la suma de los días de todos los eventos en que ha precedido la suspensión del artículo 37.2.c) es mayor que el supuesto contrario. Los supuestos que arrojan un valor positivo son más, como muestra el cuadro, y arrojan una mayor diferencia, que es el tiempo que ha mediado entre el final de la suspensión sobre la base del artículo 37.2.c) de la LDC y el inicio de la suspensión para solicitar el volumen de negocios.<sup>81 82</sup>

Como se puede ver el valor más común es el positivo, y con una media de 36 días lo que supone que la CNC y CNMC han tardado ese tiempo en suspender el procedimiento para obtener el volumen de negocios tras haberse concluido el plazo de la suspensión para dar cumplimiento al artículo 11.4 del reglamento 1/2003.

Entre los que arrojan valor negativo, hay uno, resolución [Criadores de caballos](#) (S/0345/11) de 2014, en que el valor es muy alto, porque se remitió a la Comisión europea la comunicación del artículo 11.4 del reglamento 1/2003 mucho después de haber solicitado y cumplimentado la solicitud del volumen de negocios mediante el artículo 37.1.a) de la LDC.

En seis expedientes arrojan un valor 0, o uno que cabe considerar equivalente, esto es un valor negativo muy bajo, que examinado el final de ambas suspensiones se ve que ambas coinciden, total o parcialmente, debido sin duda a que el período en el caso de la suspensión fundada en el artículo 37.2.c) es relativamente larga, 30 días naturales, frente a los normalmente 10 días que debiera suponer una suspensión ex artículo 37.1.a)<sup>83</sup>.

<sup>81</sup> Si bien conviene reflejar que la mayor diferencia en un caso ha sido negativa en la resolución [Criadores de caballos](#) (S/0345/11), la primera de criadores de caballos, curiosamente en la segunda resolución no se suspendió plazo para solicitar el volumen de negocios a pesar de los años transcurridos.

<sup>82</sup> Cuando se indica que no se suspendió un plazo significa que en la resolución no aparece expresado. Puede ser que haya ocurrido, pero la CNC o CNMC no lo ha expresado en su decisión administrativa que se asume correcta a los efectos de este análisis.

<sup>83</sup> [Agedi](#) (S/0360/11), [Fabricantes de papel](#) (S/0469/13), [AIO](#) (S/DC/0504/14), [Mudanzas Internacionales](#) (S/DC/0544/14), [Estibadores de Vigo](#) (S/DC/0596/16), [Atresmedia y Mediaset](#) (S/DC/0617/17).

De todas esas resoluciones solamente en [Estibadores de Vigo](#) (S/DC/0596/16) se indica explícitamente la acumulación<sup>84</sup>. En ese asunto no solo se acumuló la comunicación a la Comisión europea con la solicitud del volumen de negocios, sino que ambas se acumularon a una recalificación<sup>85</sup>.

En otros expedientes cabe entender que hay de facto una acumulación parcial, esto es que en el período de suspensión sobre la base del artículo 37.2.c) se suspendió para solicitar el volumen de negocios fundándose en el artículo 37.1.a)<sup>86</sup>.

Si bien la CNMC en algunos casos ha procedido a acumular ambas suspensiones, lo que se analiza a continuación, en líneas generales no ha aprovechado la suspensión para comunicar a la Comisión Europea en virtud de lo dispuesto en el artículo 11.4 del Reglamento 1/2003 del Consejo, para solicitar el volumen de negocios. Sorprende porque al remitir la referida comunicación a la Comisión Europea se supone que ha decidido ya sancionar a las empresas señaladas y sería por tanto más que lógico aprovechar esa suspensión para solicitar ese dato importante, o esencial, como es la facturación.

#### **IV.9 La relevancia del principio de celeridad en el procedimiento administrativo**

La ley 39/2015 en su artículo 77, como en su momento el artículo 72 de la [ley 30/1992](#)<sup>87</sup>, establecen un principio importante en el principio administrativo como es de celeridad. Este principio supone que no deben demorarse más de lo estrictamente necesario los procedimientos administrativos. A los efectos que aquí interesan esto supone que no debe la administración escudarse en motivos de suspensión para demorar el procedimiento, y de manera más concreta y de forma prescriptiva, que cuando sea posible deben acumularse las suspensiones. Como veremos esa es también, al menos en parte, la interpretación que realiza la CNMC principalmente.

Simplemente señalar que ese principio es mucho más importante en cuanto a su aplicación, si cupiera, en los procedimientos sancionadores, por la importancia dada en los textos fundamentales a no demorar los plazos en procedimientos sancionadores, y menos aun cuando esos se hallen tasados, como es el caso por la redacción del artículo 36 de la LDC.

Al abordar este punto es preciso señalar lo que indica el voto particular del magistrado Don Santiago Soldevila en el punto 28/24 que pone de manifiesto lo siguiente:

“28/24<sup>88</sup>. En mi opinión, no cabe duda de que la CNMC puede elegir el momento en que solicita la cifra de negocios de las empresas, pero siempre que lo haga de forma que con ello no altere el plazo ordinario de resolución legalmente establecido en 18

<sup>84</sup> Párrafo 12 de AH “12. El 31 de mayo de 2018 la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC dictó Acuerdo de recalificación, remisión a la Comisión Europea y requerimiento de información mediante el que: (i) modificaba la calificación propuesta por la DC en virtud de lo establecido en el artículo 51.4 de la LDC, por entender que los hechos se encontraban calificados de forma incorrecta, debiendo calificarse como conductas contrarias al artículo 1 de la LDC y al artículo 101 del TFUE; (ii) requería a las entidades imputadas información sobre sus volúmenes de negocio total consolidado en el año 2017, y (iii) acordaba remitir a la Comisión Europea la información prevista en el artículo 11.4 del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo,(...)”.

<sup>85</sup> Existe otra resolución en la que una recalificación del artículo 51.4 de la LDC fue acumulada con una suspensión del artículo 37.1.a) para solicitar el volumen de negocios, la resolución de [Costas Bankia](#) (S/DC/0587/16), véase párrafo 13, y otro caso en que se acumuló una recalificación del artículo 51.4 con la comunicación a la Comisión europea sobre la base del artículo 11.4 del Reglamento 1/2003, la resolución [Estibadores de Vigo](#) (S/DC/0596/16).

<sup>86</sup> [Postensado y Geotecnia](#) (S/0287/10) en un 97%, [Nokia](#) (S/DC/557/15) en un 75%, [Bombas de Fluidos](#) (S/0185/09) en un 50%, [Redes abanderadas](#) (S/0484/13), y [Telefónica y Yoigo](#) (S/0490/13) en un 40%, y [Palés](#) (S/0428/12) en un 20%.

<sup>87</sup> Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, BOE nº 285, de 27 de noviembre de 1992, páginas 40300 a 40319.

<sup>88</sup> Numerado como 28 en las sentencias relativas a Audi/Seat/Volkswagen y 24 en las de Opel y Land Rover.

meses. Ello es así porque se trata de un trámite ordinario y perfectamente previsible y exigible.”

El siguiente cuadro contiene los asuntos en los que se han acumulado suspensiones del artículo 37.2 de la LDC con su carácter obligatorio, con las del artículo 37.1.a) de carácter potestativo. Cabe señalar que en un asunto, [Estibadores de Vigo](#), la acumulación incluye también otra causa de suspensión potestativa, el artículo 37.1.f) por recalificación.

En algunos casos como se puede ver por las fechas

	Expediente	Suspensión 11.4	Fin 11.4	Suspensión VN	Fin VN	% Acumul.
<a href="#">Bombas de fluidos</a>	S/0185/09	21-03-11	21-04-11	04-04-11	06-05-11	50%
<a href="#">Postensado y Geotecnia</a>	S/0287/10	06-06-12	06-07-12	18-06-12	07-07-12	97%
<a href="#">Agedi</a>	S/0360/11	29-06-13	29-07-13	16-07-13	22-07-13	100%
<a href="#">Palés</a>	S/0428/12	27-06-14	28-07-14	24-07-14	13-08-14	20%
<a href="#">Fabricantes de papel y cartón</a>	S/0469/13	15-04-15	09-05-15	16-04-15	05-05-15	100%
<a href="#">Redes abanderadas</a>	S/0484/13	06-03-15	05-04-15	30-03-15	13-04-15	40%
<a href="#">Telefónica / Yoigo</a>	S/0490/13	16-03-15	15-04-15	09-04-15	23-04-15	75%
<a href="#">AIO</a>	S/DC/0504/14	04-03-16	04-04-16	10-03-16	04-04-16	100%
<a href="#">Mudanzas Internacionales</a>	S/DC/0544/14	19-05-16	20-06-16	19-05-16	18-06-16	100%
<a href="#">Nokia</a>	S/DC/557/15	10-03-17	10-04-17	23-03-17	17-04-17	75%
<a href="#">Estibadores de Vigo</a>	S/DC/0596/16	31-05-18	06-07-18	31-05-18	06-07-18	100%
<a href="#">Atresmedia y Mediaset</a>	S/DC/0617/17	04-07-19	05-08-19	18-07-19	05-08-19	100%

La evolución del uso de la acumulación parcial o total se muestra en la siguiente tabla, que contiene el número total de resoluciones sancionadoras LDC, y aquellas en que las causas de suspensión han sido acumuladas, mostrándose en la línea final el porcentaje y con ello la evolución anual.

	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Total	29	29	25	13	22	13	7	8	9
Suspensiones	12	12	11	2	10	6	3	6	8
Acumuladas	1	1	1	1	3	2	1	1	1
% sobre total	3,45	3,45	4,0	7,6	13,64	15,38	14,29	12,50	11,11
% sobre más de una causa susp.	8,33	8,33	9,09	50	30	33,33	33,33	16,66	12,5

El cuadro muestra para cada año el número total de resoluciones, aquellas en las que ha habido más de una suspensión, y las acumuladas, así como los porcentajes de las resoluciones en las que ha habido acumulación en relación con el total y con los expedientes en los que se ha producido más de una suspensión, y por lo tanto los susceptibles de acumular suspensiones.

Del examen anterior es preciso colacionar que no es meramente anecdótica la acumulación de suspensiones, sino que hay un número más que testimonial, y sobre todo en los últimos años y por parte de la CNMC<sup>89</sup> más que la CNC<sup>90</sup>. En el cuadro se examinan los porcentajes sobre el total de resoluciones para cada año, para tener una idea general de la situación, y un porcentaje más representativo como es el de los expedientes en los que ha habido más de una suspensión, y en los que por lógica son en los que cabría la

<sup>89</sup> El Consejo de la CNMC ha acumulado suspensiones en 9 expedientes sobre 75, lo que representa un 12%.

<sup>90</sup> El Consejo de la CNC sólo acumuló un 3% de los casos.

acumulación. Las cifras son mucho más representativas y claramente diferenciadas entre la CNC y la CNMC. Si bien hay que indicar que se al parecer se produjeron más acumulaciones, proporcionalmente, al inicio de la CNMC que en la actualidad.

#### **IV.10 Fin de ejercicio en el momento de resolución del expediente sancionador**

Hay que convenir que el cambio del año natural, y de la gran mayoría de ejercicios fiscales y de las sociedades en Europa<sup>91</sup> coinciden lo que puede suponer un problema para aplicar la norma porque a inicios del año natural se están formulando las cuentas, y puede no estar toda la información disponible.

Esto puede verse en un reciente expediente en la información que pone de manifiesto en la resolución [Baterías de automoción](#) (S/DC/0569/15) en sus AAHH 17 y 22.

**"17.** Con fecha 13 de julio de 2017, el instructor requirió a los interesados información sobre volumen de negocios total de las empresas en el año 2016, así como del mercado afectado de los años correspondientes a la duración de la infracción (folios 4616 a 4626).

**22.** Mediante acuerdo del Consejo de fecha 15 de marzo de 2018, se requirió a las empresas el volumen de negocios correspondiente al año 2017, suspendiendo el plazo máximo para resolver el procedimiento (folios 6480 a 6482).

El plazo de suspensión fue levantado con fecha 6 de abril de 2018, con efectos el mismo día (folio 6517)."

Efectivamente estos párrafos ponen de manifiesto el problema que plantea el cambio de ejercicio en primer lugar. Esto es los datos de los que dispone la CNMC (o CNC en su momento) deben ser actualizados debido a esa evolución temporal.

Es por ello que es necesario contemplar esa situación. Si bien sentado lo anterior y convenido, hay que señalar que sorprende la fecha indicada en el AH 22 de la resolución, pues el dato de volumen de negocios del año anterior se solicita no a inicios de enero, sino a mediados de marzo. La sorpresa pudiera aumentar si consideramos que la elevación del expediente al Consejo se produjo el 13 de noviembre de 2017, como indica el AH 20 de la resolución.

En cualquier caso, lo que es relevante es que el voto particular ha contemplado esta situación en el punto 27/23.

"27/23<sup>92</sup>. Debe precisarse que, como la propia CNMC indicó en la resolución de suspensión de 29 de enero de 2015 que dadas las fechas en las que se desarrollan los hechos, la cifra exacta sobre el volumen de negocios podía ser sustituida por su mejor estimación posible, lo que podía haberse acordado también el 4 de diciembre de 2014, al dictar la propuesta de resolución y conceder plazo para que durante ese mes de formularan las alegaciones. Es indiscutible que cualquier empresa está en condiciones de ofrecer en los últimos días de diciembre de cada ejercicio "la mejor estimación de su cifra de negocios"<sup>93</sup>."

En este punto cabe indicar que, si la CNMC hubiera solicitado dicha información a primeros de enero, sin suspender el procedimiento, la misma hubiera estado disponible para la CNMC en una fecha incluso anterior a aquella en la que lo solicitó. Esto cuestionaría

<sup>91</sup> Al menos de la Europa que conduce por la derecha.

<sup>92</sup> Numerado como 27 en las sentencias relativas a Audi/Seat/Volkswagen y 23 en las de Opel y Land Rover.

<sup>93</sup> Numerado como 27 en las sentencias relativas a Audi/Seat/Volkswagen y 23 en las de Opel y Land Rover. La versión de las sentencias de Audi/Seat/Volkswagen era distinta, en las fechas y en que finalizaba tras "dictar propuesta de resolución".

la actuación incluso dentro del propio mes de enero. Lo que limita de forma muy importante y más allá incluso del voto particular el recurso a la suspensión en el ámbito temporal.

#### IV.11 Contrastes ilógicos?

Como es fácilmente constatable, además de una realidad para los que practican el derecho de la competencia, se deniega de una manera sistemática las solicitudes de ampliación de plazo para realizar alegaciones al PCH y a la propuesta de resolución, más allá de los plazos indicados por la LDC y el RDC<sup>94</sup>. Básicamente se trata de no conceder la ampliación que es una facultad de la administración porque la fecha de caducidad está próxima, o así se considera. Esto obliga a poder en plazos inferiores al mes natural, tener que asumir el trabajo que supone el examen del expediente y otras tareas, además de la redacción de las alegaciones necesarias, lo que supone un esfuerzo muy grande, básicamente el procedimiento administrativo ha reservado un mes a la defensa y el resto de meses -claramente superiores a 20 meses en la mayoría de los expedientes- y sin contar la información reservada, a disposición de la administración.

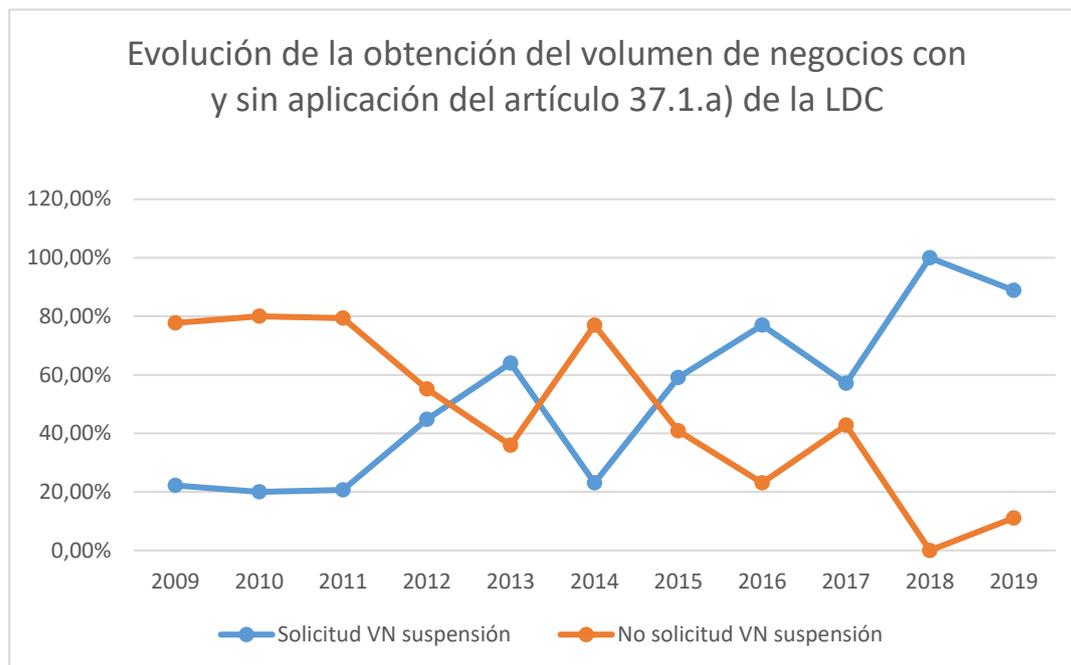
La cuestión surge cuando se facilita a las empresas imputadas para dar esos datos públicos, plazos que superan el que se facilita a esas mismas empresas para el trabajo anteriormente descrito. Y de todos es conocida la desazón que producen en el ser humano esos contrastes<sup>95</sup>, que se incrementa en el ejercicio profesional del derecho cuando se trata de procedimientos sancionadores.

---

<sup>94</sup> Si bien en experiencia directa del autor la denegación de prórroga para alegaciones no se refleja en todas las resoluciones sirvan las siguientes en las que se menciona, [Seguro decenal](#) (S/0037/08) en páginas 42 in fine, 43 y 44, mientras que en los AAHH 15 y 18 se dan ampliaciones en plazos que comportan suspensión; [Contratos de permanencia](#) (S/0422/12) página 117; más recientes [Mensajería y paquetería](#) (S/DC/0578/16) AH 15 para los que no tuvieran domicilio fuera de España; o en [ANELE](#) (S/DC/0594/16) en AH 16 se deniega el aumento de plazo para alegar a la propuesta de resolución, mientras en el AH 19 se da más plazo para aportar el volumen de negocios cuando la caducidad del procedimiento se halla en suspenso. Sí se encuentra reflejada la situación en una decena de resoluciones de la CNMC a recursos entre los que se puede mencionar el caso [Transitarios 4](#) de 2009 u otros derivados de resoluciones mencionadas como [Complejo San Cristóbal](#), [Rocal Automoción](#), [Acevas](#) o [Baigorri](#) de 2014.

<sup>95</sup> Un contraste muy significativo es por ejemplo la resolución de concesionarios de [Audi/Seat/Volkswagen](#) (S/0471/13), en la que el procedimiento fue prorrogado, por tres meses, en virtud del artículo 37.4 de la LDC y que supuso una duración de casi 21 meses, más otros 5 meses de información previa antes de la incoación. De todo ese procedimiento las imputadas solo dispusieron de poco más de 1 mes para hacer alegaciones, el resto fueron exclusivamente para la administración. Y ese expediente se inició por una solicitud de inmunidad, lo que debía haber facilitado la tarea del procedimiento sancionador, en cambio la instrucción duró 17 meses, en lugar de los 12 previstos en el RDC. Esto puede conducir a dudar de la igualdad de armas en un proceso sancionador. De hecho la duración de la suspensión para solicitar el volumen de negocios fue ampliada y superó al período de alegaciones computados individualmente, si bien esos fueron dos.

## V. RECAPITULACIÓN



El gráfico que refleja lo ocurrido con las suspensiones del procedimiento sobre la base del artículo 37.1.a) no es que el cabía esperar, puesto que como se ha indicado debido a los cambios operados por la ley 39/2015, y por la jurisprudencia, en concreto la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, parecería que la CNMC debiera disponer del dato de la facturación por lo menos antes de emitir el informe propuesta, esto es antes de elevar el expediente al Consejo para su resolución. Menos aún debido a los altísimos porcentajes de los dos últimos años.

Por ello, en primer lugar conviene observar que sí existe un interés claro nomofiláctico, puesto que el uso del artículo 37.1.a) de la LDC para solicitar el volumen de negocios de las imputadas y futuras sancionadas es habitual.

De hecho, a la vista del gráfico es de uso común y corriente, en la gran mayoría de los casos en los últimos años por la CNMC con un uso promedio en los últimos cuatro años cercano al 90% de los expedientes tramitados.

El gráfico muestra que la autoridad, hasta 2013 la CNC, y a partir de septiembre de ese año la CNMC, no lo usa en el inicio de su mandato, pero según el mismo avanza se incrementa su uso de forma significativa.

En 2015, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, reiteradamente mencionada supuso un cambio en los elementos para calcular y establecer el monto de la sanción, precisando para ello conocer la facturación, volumen de negocios, de la empresa a sancionar del ejercicio inmediatamente anterior.

Ese mismo año en octubre se publicó la ley 39/2015, que exigía llevar a cabo un cambio en cuanto entrase en vigor, al cabo de un año, y para los expedientes que se iniciasen tras la misma. Ese cambio suponía que en la fase de instrucción se debía proponer una cuantía de la sanción para que las imputadas pudieran realizar alegaciones útiles. En mayo de 2018 la CNMC reconoció ese cambio, lo que suponía disponer de esa información, y confirmar la indispensabilidad de la misma.

Otro cambio, si bien menor, que será significativo en el cómputo de los plazos es el hecho que por el efecto de la referida ley 39/2015 los sábados son considerados festivos, lo que supone un aumento en los cálculos de días naturales fijados por la LDC en días hábiles, entre otros en los que se concedan en las suspensiones. La consecuencia es que los días hábiles por cada semana ordinaria pasan de seis a cinco.

Se ha realizado un examen detallado de la información que se solicita en ese trámite para el que se aplica la suspensión prevista en el artículo 37.1.a) de manera detallada desde la promulgación y entrada en vigor de la LDC.

La información disponible, mediante las resoluciones públicas de la CNMC, y en su momento de la CNC, muestran que el uso varía, si bien en el momento actual es muy alto, como indicado. La información que se solicita ha sido no sólo la facturación del ejercicio anterior, como indica la ley y la jurisprudencia, sino que en varios momentos ha incluido otras cuestiones relacionadas con la facturación. Si bien hay que decir que en los últimos años, salvo en contadas excepciones se ha requerido información solo relativa a la facturación total del ejercicio anterior.

Esa información la propia CNMC ha dejado claro que es pública, por lo que no goza en ningún caso de confidencialidad. E incluso de manera más detallada indica en algunas ocasiones que la misma se halla disponible en el Registro Mercantil.

En diversas resoluciones la CNMC ha solicitado el volumen de negocios o "la mejor estimación posible"<sup>96</sup>, sin duda con el propósito de disponer de una cifra que facilitada por la empresa imputada le permita realizar los cálculos en esas fechas en que no pudiera estar disponible la información por el inicio de un nuevo ejercicio. Esta actuación debe poder permitir a la CNMC disponer de dicha información de manera casi inmediata incluso en esos breves momentos en que no se halla disponible la información oficial.

Los períodos de suspensión que se derivan de ese trámite son significativos, siendo la cifra más baja en la aplicación realizada por la CNMC de la LDC de 13 días naturales, si bien la media es de 19,51 días naturales a pesar de lo anteriormente indicado. Tan es así que en ocasiones excede, y en otras es muy cercano, el tiempo para ese trámite al de alegaciones, que tiene un plazo mínimo legal tasado de 15 días, que puede ser prorrogado, si bien escasamente se acuerdan tales prórrogas. Esos 15 días hábiles con la normativa actual representan unos 21 días naturales, esto es no son sino 2 días más que para el trámite de aportar una información pública.

El momento en el que el Consejo de la CNMC solicita esa información y acuerda la suspensión tiende a situarse mucho más cerca del final del mismo, que del inicio, sin que aparezca o se facilite explicación que lo razone o motive. Tras la obtención de dicha información la resolución se produce en períodos tan cortos que el más habitual es 12 días, seguido del de 1 día, y el valor que representa la mediana se sitúa en 23 días desde el levantamiento de la suspensión.

Cierto es que la CNMC ha empezado a acumular, si bien todavía no es muy significativo, la suspensión relativa al volumen de negocios, sobre la base del artículo 37.1.a) a otras causas de suspensión, siendo la más habitual la del artículo 37.2, y en algún supuesto al artículo 37.1.f). Incluso en algún caso se han acumulado tres causas de suspensión.

Esta es la descripción fáctica de la aplicación del artículo 37.1.a) para solicitar el volumen de negocios que prevé la LDC, artículo 63, como ha confirmado la propia

---

<sup>96</sup> Resoluciones en los asuntos [Concesionarios Toyota](#) (S/0486/13) AH 19; [Concesionarios Land Rover](#) (S/0487/13) AH 12; [Concesionarios Hyundai](#) (S/0488/13) AH 15; [Concesionarios Opel](#) (S/0489/13) AH 17; [Turrón](#) (S/DC/0503/14) AH 58; [AERC](#) (S/DC/0518/14) AH 16; [AIO](#) (S/DC/0504/14) AH 21; y [Cementos](#) (S/DC/0525/14) AH 18.

jurisprudencia del Tribunal Supremo, y debe por ello permitir disponer de una visión de conjunto más allá de la realidad y el detalle de cada caso sometido al recurso de casación.

El Tribunal Supremo consideró que puede tener dos avenidas principales posibles, una primera vincular la situación que subyace en los asuntos admitidos en los autos a la jurisprudencia iniciada el 26 de julio de 2016, y especificar cuándo se considera que existe infracción al artículo 6.4 del Código Civil, esto estamos ante "suspensiones del trámite ficticias". Y otra que podría conducir a buscar un camino algo más sencillo y pragmático, como lo que intentó la jurisprudencia de la Audiencia Nacional, al establecer el límite para suspender el procedimiento en el "dies ad quem" original y establecer una diferencia entre actividades ordinarias, que debieran tener lugar en ese plazo de 18 meses establecido por el artículo 36 de la LDC, y las extraordinarias.

Claramente el tribunal *a quo*, la Audiencia Nacional, en los recientes *obiter dicta* mencionados en el apartado 2 y reflejados en el pie de página 17 solicita una regla clara y, a ser posible, sencilla para aplicar la caducidad. Lo que seguramente coincide con la solicitud que harían los particulares sujetos a esos procedimientos administrativos sancionadores.

La conclusión a este artículo será la mejor posible, las sentencias del Tribunal Supremo que ilustrarán sobre la cuestión de utilizar el artículo 37.1.a) de la LDC para obtener el volumen de negocios de las empresas en el ejercicio anterior a la resolución de las imputadas y que se pretende sancionar por la CNMC.

## \* **Complemento artículo CADUCIDAD SUSPENDIDA**

### **1. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE JULIO DE 2020**

Durante el proceso de publicación de este artículo el Tribunal Supremo se ha pronunciado, en al menos uno de los casos cuyo recurso de casación se había admitido ante el Tribunal Supremo para abordar el tema de la suspensión del plazo de caducidad en los procedimientos sancionadores de derecho de la competencia, mediante una primera sentencia de 6 de julio de 2020 ECLI:ES:TS:2020:2477, (RCA 3721/2019), ponente Don Diego Córdoba Castroverde, y ha establecido las bases para considerar cuándo se puede esgrimir la caducidad en situaciones como la analizada en el artículo, lo que me permite incluirlo como una adición al mismo, sin modificarlo.

Esa sentencia y las otras que se deben adoptar debían conformar la conclusión del artículo, con lo que es posible empezar a esbozar la misma, a falta de que se adopten y/o publiquen las demás sentencias.

Si la lectura de la sentencia de 6 de julio de 2020 se realiza tras la del artículo pudiera parecer escasa, si bien es necesario señalar que el artículo ha examinado, no el caso que estaba pendiente ante el Tribunal Supremo, sino la situación general de lo ocurrido en las resoluciones adoptadas por la autoridad de competencia, tanto ante la CNMC como ante la CNC, su antecesora. Esto permite entender el que la conclusión alcanzada por el Tribunal Supremo sea distinta, al no contemplar lo que recoge el artículo, puesto que se circunscribe a lo planteado en la casación que resuelve.

En este punto conviene poner de relieve la doctrina jurisprudencial que establece esa sentencia de 6 de julio de 2020 y que se halla en el fundamento de derecho 4º de la sentencia:

“En respuesta a las cuestiones, que según el Auto de admisión, presentan interés casacional, ha de afirmarse que la posibilidad de suspender el plazo para resolver el expediente, prevista en el art. 37.1.a) de la LDC ("Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias, la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios..."), procede cuando se precise la aportación de documentos y otros elementos de juicio que resulten "necesarios" para dictar la resolución oportuna. Lo determinante no es la posibilidad de que los elementos probatorios pudieran haberse recabado antes sino que la información solicitada sea necesaria para dictar la resolución de fondo, y que la Administración no haya provocado esta situación de forma artificial persiguiendo una finalidad defraudatoria, cuestión que debe remitirse a la apreciación de las circunstancias concurrentes en cada caso y deberá resolver en función de su necesidad para dictar la resolución y la motivación de su reclamo.”

Convendrá por tanto a la luz de esa sentencia indicar los distintos elementos que pueden permitir considerar, o en su ausencia no considerar, que la administración se haya extralimitado de lo que prevé la norma de procedimiento en la LDC para suspender el plazo de caducidad.

## **2. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE JULIO DE 2020**

Me alegro en primer lugar del buen funcionamiento del procedimiento de casación instaurado por la LO 7/2015, pues como puede verse en un plazo escasamente superior a un año tras la sentencia de instancia se obtiene una resolución jurisdiccional con unos criterios claros y que puede ser aplicada. Es sin duda un éxito del procedimiento y atribuible a una buena decisión del legislador y una mejor aplicación jurisdiccional.

Al haber analizado el autor las resoluciones en las que la autoridad de competencia, CNC y CNMC, ha aplicado el artículo 37.1 de la LDC para suspender el plazo de caducidad al solicitar el volumen de negocios de las empresas imputadas, no puede hallarse completamente satisfecho con la sentencia, si bien se debe principalmente porque la sentencia contempla sólo los hechos que se presentan en casación, mientras que el artículo ha examinado lo ocurrido en todas las resoluciones sancionadoras de la LDC. El análisis completo de las actuaciones en que se ha aplicado el artículo 37.1.a de la LDC para solicitar el volumen de negocios pudiera conducir a alcanzar una conclusión distinta. Siquiera sea porque el referido examen aporta elementos en primer lugar distintos, y por otra porque el resultado de ese análisis son sin duda elementos adicionales que indican que esas actuaciones pueden considerarse como dirigidas a buscar una ampliación del plazo de caducidad establecido por la LDC.

Por otro lado, debo manifestar que la ausencia en la sentencia del análisis de un tema fundamental a mi entender, que se trata de un procedimiento sancionador y que por tanto merece de unas garantías especiales, tanto si la LDC lo menciona como si no lo hace, me causa cierta inquietud. Esto es el valor que supone la caducidad en ese tipo de procedimiento, o expresado de otra manera más genérica la omisión del análisis del principio de celeridad.

Alguien puede pensar que un simple retraso no debe conllevar una anulación, pero cuando ese retraso supone alargar un procedimiento sancionador, que ya de por sí es muy largo, mucho más que la gran mayoría de procedimientos sancionadores debe permitir entender esa inquietud. Procedimiento que además se puede ver alargado por actuaciones previas, en ese caso hay que indicar que ese procedimiento sancionador es la continuación de un procedimiento iniciado, en ese caso concreto resultado de una

solicitud de inmunidad que de alguna manera permite iniciar esa actuación previa, al menos cuatro meses antes de la incoación del expediente administrativo sancionador<sup>97</sup>. Actuaciones previas que la doctrina del Tribunal Supremo ha determinado no deben computar a efectos de caducidad, porque la ley no lo prevé al no señalar plazo alguno, -conviniendo señalar que se pueden encontrar casos en los que esos procedimientos previos exceden de la duración del expediente sancionador, establecida en 18 meses-, a los que se añade ese referido plazo de 18 meses, así como otras suspensiones de plazo previstas en el artículo 37.1 de la LDC, lo que conlleva un exceso muy significativo del procedimiento y deja en una mera referencia teórica el referido plazo legal de 18 meses.

### 2.1 La suspensión debe dirigirse a obtener una información necesaria

En dicha sentencia se recoge que la propia Abogacía del Estado propugna tal y como recoge el penúltimo párrafo del antecedente de hecho cuarto:

“Lo determinante de la licitud de los requerimientos y consiguientes suspensiones no es la posibilidad de que los elementos probatorios pudieran haberse recabado antes, sino que, cuando se reclamen, lo sean con una finalidad no defraudatoria, cuestión que debe remitirse a la apreciación en cada caso de las circunstancias concurrente y deberá resolver en función de su necesidad para dictar la resolución y la motivación de su reclamo. El simple dato de que se trate de documentos que pudieron reclamarse antes es insuficiente para apreciar la adecuación a derecho de los requerimientos y consiguiente suspensión. El voto particular estimó que, aunque no existe duda de que resultaba necesaria la incorporación al expediente de los datos recabados sobre la cifra de negocio investigada durante el año 2014, era un dato que pudo y debió solicitarse a lo largo de la instrucción ordinaria del procedimiento y no lo está cuando el procedimiento está concluido con suspensión del plazo de tramitación.”

Como se ve la Abogacía del Estado contesta que la simple solicitud de esa información necesaria, o indispensable, en ese procedimiento como base de suspensión no deba equipararse a una finalidad defraudatoria por alargar el plazo del procedimiento, sólo porque pudo solicitarse antes, si bien evita indicar si debió solicitarse con anterioridad. Pero le conduce a admitir que puede darse esa finalidad defraudatoria si hubiera otros elementos.

En la línea anterior, la sentencia del Tribunal Supremo comentada recoge dicho argumento esgrimido por la administración y añade un párrafo importante, trascendental, los tres últimos párrafos del Fundamento Jurídico segundo que se transcriben:

“Lo determinante de la licitud de los requerimientos y consiguiente suspensión no es la posibilidad de que los elementos probatorios pudieran haberse recabado antes sino que **la información solicitada sea necesaria para dictar la resolución de fondo, y que la Administración no haya provocado esta situación de forma artificial persiguiendo una finalidad defraudatoria, cuestión que debe remitirse a la apreciación de las circunstancias concurrentes en cada caso y deberá resolver en función de su necesidad para dictar la resolución y la motivación de su reclamo.**

---

<sup>97</sup> El inicio del expediente del que trae causa la resolución de la CNMC recurrida se inició cuatro meses antes de la incoación, esto es el 30 de abril de 2013, según recoge el antecedente de hecho 2 de la resolución, esto supone que desde ese inicio real, antes de la incoación, hasta la resolución transcurrieron casi 25 meses.

Este Tribunal STS nº 650/2018, de 23 de abril de 2018 (rec. 608/2016) ha rechazado las suspensiones ficticias, aquellas que se utilizan "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, en este caso, no existen elementos suficientes que permitan sostener que la información solicitada y la consiguiente suspensión acordada, fuese fraudulenta, por entender que tan solo trataba de alargar el plazo de resolución del procedimiento para evitar la caducidad del procedimiento.**

La circunstancia de que tales documentos pudieron reclamarse antes es insuficiente para apreciar que la suspensión perseguía una finalidad ilegítima. A tal efecto, resulta relevante destacar que la Administración ya había solicitado antes y dentro del plazo ordinario de resolución la información relativa al volumen de ventas de las empresas implicadas correspondiente al ejercicio 2013, en la creencia de que la resolución se dictaría en el 2014, pero la prolongación de la fase de instrucción hasta el 29 de diciembre de 2014, debido a la progresiva complejidad de la causa y el número de empresas implicadas, conllevó que la resolución sancionadora se dictaría en el 2015, por lo que el volumen de negocios de dichas empresas correspondiente al 2013 ya no era relevante para imponer la sanción y se necesitaba la información correspondiente al ejercicio 2014. Es cierto que entre el 29 de diciembre de 2014 y el 6 de abril de 2015 se pudo solicitar dicha información, pero ese mero retraso no convierte esta solicitud en fraudulenta". (Subrayado propio)

La conclusión es que la información debe ser necesaria, por lo que la innecesaria no permite esa suspensión expresada en la LDC, y tampoco deben concurrir otros elementos fácticos que permitan concluir que la Administración haya provocado la suspensión "de forma artificial" tal suspensión sí deberá considerarse fraudulenta. Es por ello que conviene examinar si esos elementos fácticos adicionales se hallan en las resoluciones que se recurran, y para ello cabrá alegar no sólo las actuaciones en la resolución, sino la sistemática en esas suspensiones que se ha analizado en el artículo.

Un comentario necesario en relación con el apartado 4.2 del artículo en el que se aborda si el volumen de negocios es un elemento de juicio o simplemente determinante de la sanción, ha sido zanjado con una referencia directa y clara a la letra de la ley, art. 37 de la LDC y es que sea "necesario". La sentencia comentada da respuesta y se centra en esa necesidad para determinar la corrección de la situación sometida a casación.

En relación con la información necesaria solicitada, la cuestión se plantea si junto con dicha información se solicita o reclaman información innecesaria, esto es información que no es útil, ni necesaria, para la adopción de la resolución. Debe considerarse que esa solicitud extra no tiene relevancia, o que por el contrario supone que constituya por ello un indicio de que la suspensión se ha provocado de "forma artificial", o incluso debiera considerarse como un elemento más que suficiente para establecer lo artificioso de esa solicitud.

Tal como recoge el AH 3º de la sentencia en su segundo apartado la CNMC no sólo solicitó el volumen de negocios de 2014 que era necesario, sino que solicitó información que no se había aportado con anterioridad, aspecto que aborda el apartado 4.6. del artículo y que plantea la cuestión de si debe ese punto considerarse como un indicio en si

mismo, o sólo cabe hacerlo cuando como por ejemplo en la resolución mencionada en el pie de página 76 sirve la solicitud de información adicional para justificar una ampliación de ese plazo.

La cuestión es si esa manera de solicitar no sería una muestra de la intencionalidad distinta de solicitar una información necesaria para resolver, porque esa información adicional no se usa en el proceso sancionador, véase a tal fin la resolución de la CNMC de este asunto, y en particular páginas 141 a 163.

También cabría examinar lo indicado en el párrafo octavo del AH 3º en la medida que la CNMC solicitaba información relativa a otras cuestiones, pero no la "necesaria" para resolver, lo que muestra una actuación incoherente y una reserva para solicitar esa "información necesaria" en un momento posterior para poder aplicar la suspensión prevista en el artículo 37.1.a de la LDC.

Cumple señalar que la Abogacía del Estado según recoge la sentencia no se pronuncia sobre ese extremo, puesto que tan obvio es que una información era necesaria, como que la otra era innecesaria. Queda atribuir el significado de ese silencio u omisión.

## **2.2 Carácter fraudulento**

La sentencia de 23 de abril de 2018, mencionada en el FD 2º de la sentencia comentada, indica que puede existir un carácter fraudulento, si bien es preciso señalar a su vez que dicha sentencia ha recogido lo indicado en las sentencias anteriores del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2016, de 7 de noviembre de 2016, y de 28 de noviembre de 2016, por lo que en estos momentos con la sentencia comentada de 6 de julio de 2020 ya hay cinco sentencias que se pronuncian con claridad sobre ese extremo, número que debiera ampliarse con las otras pendientes. Si bien hay que indicar que ninguna de esas sentencias explica o profundiza sobre esa consideración de "fraudulenta".

## **2.3 Procedimiento ordinario vs extraordinario**

La sentencia aborda una cuestión que surge con claridad del voto particular a la sentencia de la Audiencia Nacional: la división del procedimiento en ordinario y extraordinario. En el artículo se menciona en el resumen, por referencia al auto de admisión del Tribunal Supremo, en la cita al voto particular en la página 4, y en la página 38 como una posible conclusión del Tribunal Supremo.

Es evidente que el Tribunal Supremo ha mencionado la referida división para desestimarla y establecer que lo único que cabe considerar extraordinario, como refiere la propia LDC, es la extensión prevista en el artículo 37.4 de la misma.

Mi opinión es que el voto particular no quiso establecer como tal esa división no contemplada, sino que quería recalcar que la solicitud del volumen de negocios para establecer la sanción no debiera realizarse mediante la suspensión del plazo de caducidad porque la administración debía considerarlo como un elemento básico. Esto es, el legislador había previsto ese plazo significativo en el que cabía prever que se obtuviera esa información, sin tener que recurrir a ampliación alguna.

Por ello, ya había atribuido una importancia limitada a la división de procedimiento ordinario/extraordinario mencionándolo en pocas ocasiones aparte de la cita al voto particular. Dicho lo anterior me queda la duda si la sentencia se ajusta a lo que quiso disponer el legislador, porque el simple requisito de que una información o documento sea necesario no debería permitir, cuando el olvido de la instrucción o resolución es patente, permitir alargar precisamente ese procedimiento sancionador. Queda también indicar si esa posibilidad se ajusta o no a los principios del derecho sancionador.

### **3. INDICIOS SOBRE LOS QUE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE JULIO DE 2020 PARECE NO PRONUNCIARSE**

La sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2020 establece que “el mero retraso” no es suficiente, con independencia de que se pueda colegir, si de los datos de la praxis de la autoridad se desprendera que no se trata de “meros retrasos”, sino que esos se producen en los casos que van muy al límite del plazo de caducidad debiera reconsiderarse el mero retraso.

#### **3.1 Información innecesaria**

Hay que examinar otros elementos que se hallan presente en ese asunto para probar si hubo o no una intención fraudulenta, como ya se ha adelantado la sentencia no se pronuncia sobre el hecho que la solicitud que dio lugar a la suspensión no fue sólo para obtener el volumen de negocios de 2014. Esto puede ser una indicación que la propia CNMC no confiaba en que esa solicitud de información necesaria fuera suficiente y pide una información que por los plazos que dispone ya debía saber que no iba a utilizar, véase Antecedente de Hecho 3º, 2º párrafo de la sentencia.

De la lectura de las páginas 141 a 162 de la resolución recurrida se constata la ausencia de mención a esa información adicional que se solicitaba, lo que prueba que no se usó esa información. Por lo que esa información, no era necesaria para resolver.

#### **3.2 ¿Prórroga para la información necesaria o la innecesaria?**

Además, se concedió una prórroga -a la vista de las fechas mencionadas en la Resolución, apartado 49 de los antecedentes de hecho- pues la información se solicitó un 16 de abril de 2015, con un plazo ordinario de 10 días, por lo que debió vencer el 28 de abril de 2015, mientras que consta que el levantamiento de la suspensión operó el 5 de mayo de 2015.

Esta diferencia de fechas indica que debió existir una prórroga para facilitar esa información, mientras que en cambio y como consta en la sentencia comentada, no se otorgó prórroga alguna a las partes para las alegaciones a los trámites a pesar de tratarse de un expediente complejo. El impacto de esa prórroga en la fecha de caducidad del expediente pudo ser relevante dado que la resolución se adoptó el 28 de mayo de 2015 y la caducidad se había establecido para el 12 de junio: esto es, sin la extensión hubiera supuesto al menos unos 6 días menos, y si bien no constan las fechas de notificación que son las relevantes a efectos de notificación, ese proceso de notificación pudo suponer entre unos 7 o 10 días, por lo que la prórroga pudo impactar significativamente en la caducidad del expediente.

#### **3.3 ¿Olvido?**

Por otro lado, señalar que el plazo se extendió sobre la base de lo extraordinario, el artículo 37.4 de la LDC, pero pareció existir un olvido de lo ordinario, pues no se solicitó en aquel momento el volumen de negocios que era necesario. Pudo ser un “olvido” ese retraso. Lo que plantea en primer lugar ver si hay elementos que confirmen que fuera un simple “olvido”, y en segundo lugar resolver si, aunque fuera un simple “olvido” ese retraso no es admisible en un expediente sancionador con un plazo.

Por lo que indica el antecedente de hecho 3º párrafo 8º no tiene aspecto de “olvido” al menos ordinario porque la CNMC seguía persiguiendo obtener información en diciembre de 2014, cuando era claro que no iba a ser resuelto el asunto en ese ejercicio en relación con el volumen de negocios de 2013, en lugar de solicitar, como se hizo en este y otros

asuntos como recoge el artículo en el apartado 4.10, página 34 “su mejor estimación posible” para 2014. Este extremo alegado por la recurrente, antecedente de hecho 3º, párrafo octavo, se recoge en el apartado 42 de los antecedentes de hecho de la resolución recurrida, que indica que la recurrente remitió a la CNMC el 19 de diciembre de 2014 la información requerida. Sin duda, en ese momento e incluso con anterioridad, la propia CNMC debía saber que era imposible la adopción de la resolución en 2014 en el momento de solicitar la información y otorgar un plazo para su aportación. Algunas otras empresas sancionadas contestaron incluso en enero de 2015.

### **3.4 Mejor estimación posible**

No aborda al no haberse planteado el que la CNC y la CNMC en esas situaciones han solicitado en fechas de inicio del siguiente año la “mejor estimación posible”, véase apartado 4.10 del artículo, puesto que como indica el Fundamento de Derecho 2º, ese dato era necesario para dar cumplimiento al artículo 63.1.c de la LDC eso es corroborar que no se excede el límite del 10%, el dintel al que se refiere la jurisprudencia de la sentencia de 29 de enero de 2015, reiteradamente mencionada. Si bien esa comprobación como se pone de manifiesto en el indicado apartado 4.10 del artículo, en el sistema métrico decimal es muy rápida y sencilla y aún con un número muy importante de imputadas y sancionadas no podía demorarse mucho, escasamente unas horas.

Cierto es que en la resolución recurrida no aparece el que se solicitase esa “mejor estimación posible”, que en cambio sí recoge el voto particular de la sentencia de la Audiencia Nacional en su apartado 27. Extremo al que el artículo se refiere de manera específica en el reiterado apartado 4.10 del artículo.

### **3.5 Diferencia de tratamiento**

La sentencia de 6 de julio de 2020 no aborda una cuestión que efectivamente plantea el asunto y trata el voto particular que la acompaña, y es qué ocurre cuando la administración cambia de parecer, esto es considera que no es complejo el asunto cuando se trata de una pequeña ampliación, una semana, para realizar alegaciones, mientras que sí lo considera complejo para alargar el procedimiento tres meses. Claramente indica una actuación interesada y que cuando es a favor no cuenta y que cuando es en contra sí, o a la inversa. Esa es una cuestión que se plantea en el apartado 4.11 del artículo y que merece ser reexaminada debidamente porque quizás sea un elemento de prueba de la actuación de la administración en relación con los plazos, esto es cuando el plazo se suspende, no hay ningún problema para dar las prórrogas que se quieran, el viento va a favor, pero si no hay suspensión no se concede prórroga alguna, pues el viento sopla en contra. Lo absurdo es que haya un mayor plazo para aportar el volumen de negocios, un dato cierto y contrastable, que para realizar alegaciones a un tema complejo.

### **3.6 Caducidad y principio de celeridad**

Ni la referencia a la caducidad, ni la importancia de la misma en un procedimiento sancionador figura de manera suficientemente clara en la sentencia. Como tampoco, el principio de celeridad no se ve mencionado por ningún lado, y posiblemente debiera haberse considerado sobre todo tratándose de un procedimiento sancionador. Efectivamente, el error de la administración beneficia al posible sancionado.

### **3.7 Suspensión tras alargar el procedimiento mediante artículo 37.4 LDC**

Un elemento para mí de gran importancia y que echo en falta es analizar el hecho que la CNMC tras considerar necesario en virtud del artículo 37.4 de la LDC ampliar el plazo máximo procede a suspender ese plazo para solicitar, cuando había transcurrido ya más de tres cuartas partes de la referida ampliación de plazo extraordinaria, el volumen de negocios. ¿No debiera eso ser un indicio? Pues si la administración consideró necesario aplicar el artículo 37.4 de la LDC y ampliar el plazo tres meses más por la complejidad del asunto, ¿no hubiera debido percatarse de que no disponía de ese dato fundamental en el momento de acordar esa extensión de plazo? No tengo claro si cabría calificar esta actuación como "otro olvido" o ¿Quizás es un claro indicio de la finalidad de esa suspensión?

Esa actuación extraordinaria de utilizar el referido artículo 37.4 de la LDC hubiera debido conllevar un ejercicio de análisis por la propia administración de qué actuaciones eran necesarias para adoptar la resolución sin otras demoras ni ampliaciones de plazo.

La falta de análisis de ese elemento me parece de una gran importancia, pues de lo contrario se da una latitud que no encaja con los elementos de un procedimiento sancionador.

## **4. ¿OTROS ELEMENTOS QUE PUDIERA FUNDAR EL CARÁCTER FRAUDULENTO?**

Debe indicarse de inicio como se recoge en el artículo, apartado 4.3., pg. 19 que no siempre se precisa suspensión para solicitar el volumen de negocios en el procedimiento sancionador previsto en la LDC. Ahí reside en cierta manera el planteamiento de lo ordinario y lo extraordinario que entiendo, si bien es difícil expresarlo de esa manera.

Una buena gestión de los plazos por el órgano de competencia no le debiera conducir a utilizar el artículo 37.1 de la LDC, suspendiendo el plazo del procedimiento, para obtener el volumen de negocios del último ejercicio.

Corresponde examinar algunos supuestos que puedan considerarse indicios a los efectos de determinar el uso fraudulento de la suspensión del procedimiento por la vía de solicitar el volumen de negocios para la imposición de la sanción. No pretendo realizar una exposición exhaustiva de posibles indicios o motivos para determinar el carácter fraudulento, pero sí mostrar algunos que considero pueden ser relevantes tras haber examinado la praxis de la autoridad de competencia española.

### **4.1 ¿Uso o abuso?**

Además, es evidente que el Tribunal Supremo no tenía ante sí los datos del apartado 4.4. del artículo, que muestran un uso cuanto menos "curioso" de la suspensión pues suele producirse al final del período de los 18 meses. En algunos casos tras levantar la suspensión se adopta la resolución con una diferencia de un día. La moda estadística es de 12 días, la mediana de 23 y la media de 31, esto es un mes.

Curiosamente y contra lo que cabía esperar el uso tardío de ese instrumento ha ido en aumento en lugar de decrecer con una mayor experiencia en la gestión de ese procedimiento sancionador. ¿Es esa actuación justificable?

### **4.2 Instrucción y resolución**

Quizás como un punto adicional cabe establecer una correlación entre el incremento de ese instrumento de suspensión con el hecho que la instrucción de un expediente exceda

el plazo asignado, que no conlleva caducidad, de 12 meses, lo que indicaría la existencia de un motivo distinto de la necesidad de contar con ese dato para resolver el expediente.

Un posible elemento de los que requiere la sentencia comentada a considerar se podría establecer sobre la base del apartado 4.5. del artículo en relación con el cómputo del plazo para resolver el expediente al inicio de fase de resolución, ver lo alegado en productores de automóviles, recogido en la página 23, que con un mes el Consejo no dispondría de tiempo para adoptar una resolución, se obvia que de manera imparcial. Es decir, no dispuso de tiempo para reflexionar.

Me asaltan muchas dudas, pues si bien no tengo en poco valor mi capacidad de trabajo veo difícil que pudiera estudiar, analizar un expediente del volumen que se indica que tenía el examinado por la casación y poder adoptar una decisión actuando como un órgano administrativo de resolución, y más aún cuando aspirase a ser un órgano jurisdiccional, al menos en el sentido del artículo 267 del TFUE. Mi baremo de comparación y creo que es válido es el tiempo de trabajo que debe invertirse en preparar un recurso contencioso, que exige ese examen detallado, y que supera ampliamente los dos meses que prevé la norma procesal para recurrir las resoluciones, y no escatimando horas de dedicación profesional. Veo difícil por no decir imposible que pueda realizar un análisis imparcial para adoptar una decisión en ese plazo inferior a dos meses. A mayor abundancia, el legislador asignó, al menos con carácter orientativo, un plazo de seis meses, artículo 28 RDC.

### **4.3 Información adicional**

Otro posible elemento a considerar, al que ya nos hemos referido, sería el de solicitar información adicional al volumen de negocios, apartado 4.6. del artículo, página 25, pie de página 75 -entre los que se hallaba como indicado el asunto en casación en la sentencia comentada. O quizás más claro aún el caso mencionado en la misma página 25 del artículo, pie de página 76, en el que se solicita información no relevante con suspensión, siendo esa solicitud adicional y no la relativa al volumen de negocios de ejercicio anterior la que funda una extensión del plazo de contestación.

Así como también se podría plantear como el tratado en el apartado 4.7. del artículo casos de doble solicitud con suspensión del volumen de negocios, con escasa justificación para la reiteración, y en cuyo caso claramente encubriría una extensión injustificada del plazo del expediente para evitar la caducidad.

### **4.4 La comunicación del artículo 11.4 del Reglamento (CE) nº 1/2003**

Un número de casos significativos pueden encajar en lo descrito en el apartado 4.8. del artículo, página 27 y siguientes, esto es el impacto de la comunicación a la Comisión europea prevista en el artículo 11.4 del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, y en los artículos 37.2.c y 51.5 de la LDC. Extremo relevante porque si bien hay una casuística diversa y en virtud del principio de celeridad que abordaré a continuación se debiera acumular como mínimo, y de hecho se hace como se pone de manifiesto en el artículo, hay bastantes casos en los que la solicitud del volumen de negocios se produce con posterioridad a la comunicación a la Comisión Europea, lo que parece no hallarse en consonancia ni con la norma comunitaria, ni con el artículo 51.5 de la LDC. Lo que puede suponer un elemento de que la finalidad no es la obtención de la información, sino obtener tiempo para no incurrir en caducidad.

La razón es doble, por un lado, porque en ese momento el Consejo ya considera que puede imponerse una sanción a las empresas imputadas, y por eso lo comunica a la Comisión Europea, si bien puede no imponerla, pero sería raro que no impusiera ninguna.

Por otro lado, de la lectura de la propia LDC, en su artículo 51.5 refleja que dicha comunicación a la Comisión Europea se halla al final de procedimiento administrativo. De ahí, el hecho que el plazo de suspensión esté tasado por la LDC, de acuerdo con lo que dispone el referido artículo 11.4 del Reglamento 1/2003, y que no sería necesario si se debieran adoptar otras gestiones administrativas, puesto que el plazo del referido artículo 11.4 del reglamento comunitario se cumpliría por otras razones.

#### **4.5 Tras el depósito de las cuentas anuales**

Cabe considerar que debe calificarse como extraño o sorprendente el que se solicite con suspensión del plazo de caducidad una vez las cuentas anuales han sido depositadas, y por lo tanto esa información dado que es un dato relevante a efectos de las mismas se halla disponible fácilmente y no debiera acudir a la suspensión para obtenerlo, una simple solicitud dentro el plazo ordinario de caducidad debiera ser suficiente.

#### **4.6 La consideración de la caducidad**

Posiblemente, en algún momento y fundado sobre principios generales aplicables a los procedimientos sancionadores, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y la Carta Europea de Derechos Fundamentales, así como en nuestros principios constitucionales es posible que se considere como primordial la protección de los plazos de caducidad y que se exija una interpretación restrictiva de los casos de suspensión del plazo de caducidad.

#### **4.7 El principio de celeridad**

También sería posible evaluar, y este con carácter general, el indicado en el apartado 4.9 del artículo, relativo al principio de celeridad recogido en el artículo 72 de la ley 30/1992, y 77 de la ley 39/2015. Ese principio debiera ser un elemento adicional a considerar a efectos de determinar si se está evitando la caducidad del expediente.

Prueba de lo anterior, es el contraste entre dos resoluciones de la misma fecha 26 de julio de 2018, Estibadores de Vigo y Licitaciones de Aplicaciones Informáticas, en la primera se acumula y aplica el artículo 77 ley 39/2015, mientras que en la segunda no. La única diferencia real, lo ajustado del plazo en el segundo expediente en relación con el primero.

El artículo recoge en el apartado 4.10, página 33, las cuestiones que indirectamente parece evocar la Abogacía del Estado, como indica el párrafo 16 y último del antecedente de hecho 4º de la sentencia comentada. La solución a esa situación de fin de ejercicio la ha dado la propia administración proponiendo que se facilite la "mejor estimación" del volumen de negocios. Resulta curioso que existiendo una solución dada por la administración se insista en solicitar la información por la vía de la suspensión.

Se podría considerar también un elemento de los que solicita la sentencia comentada el hecho que la información que solicita la CNMC ya fuera pública o pudiera obtenerse en un plazo más breve del concedido, por ejemplo, por haberse ya formulado las cuentas anuales, o incluso publicado las mismas en registros públicos, bien la CNMV o el Registro Mercantil.

#### **4.8 Sanción no alcanzaría el dintel del artículo 63.1 de la LDC**

Podría considerarse también la situación que por la cuantía de la sanción que se vaya a imponer no parezca que se vaya a alcanzar el dintel establecido en el artículo 63.1.a), b) o c) de la LDC, según corresponda, carezca de sentido el requerir una suspensión para solicitar el volumen de negocios.

#### **4.9 Desigualdad de trato**

Por último, apuntar como hace el voto particular de la sentencia comentada y se ha realizado ya en ese comentario, y se recoge en el apartado 4.11 del artículo, bajo el epígrafe de contrastes lógicos?, página 35 pie de páginas 96 y 97, la situación extraordinaria que deriva en que se disponga de mayor plazo para facilitar un dato cierto y público como el volumen de negocios frente a unas alegaciones que acarrear normalmente una mayor complejidad.

La brevedad del voto particular es notable, pues coincidiendo en el análisis jurídico y que fija la jurisprudencia, en el mismo se recoge esa actuación claramente incoherente y que debiera indicar una finalidad anómala pues se considera complejo y que el proceso necesita un mayor plazo cuando conviene a la administración y en cambio no se alcanza idéntica conclusión cuando quién precisa el plazo debida a esa complejidad ese el administrado.

### **5. CONCLUSIÓN**

La referida sentencia de 6 de julio de 2020 nos deja con una doctrina clara, si bien escasa, en relación con la suspensión del plazo sobre la base del artículo 37.1 de la LDC. En la medida que la información solicitada o documento solicitado sean necesarios para la resolución del expediente la administración puede suspender el procedimiento según la previsión legal.

Se requieren elementos distintos de la simple demora en realizar dicha solicitud para considerar que hay una base para establecer el carácter fraudulento de dicha extensión del plazo. Hay que coincidir en ese análisis, si bien como hace el voto particular es necesario examinar si hay elementos que permitan establecer dicho carácter en el asunto.

En este punto la sentencia sólo indica un elemento, el retraso, que no considera como tal o cuanto menos suficiente, esto es que puede ser complementado con otro u otros elementos que indiquen esa voluntad fraudulenta.

Queda por tanto para resolver qué otros indicios o pruebas pueden considerarse suficientes para establecer el carácter fraudulento de la suspensión de un procedimiento sancionador. Pensando en otra dirección, cabrá ver si sería posible sobre la base de esa jurisprudencia que la autoridad de competencia en sede de resolución y ante la ausencia de pruebas suficientes pudiera solicitar que se realicen y sobre la base de la necesidad para resolver pudiera incluso suspender la caducidad. Parece algo fuera de lo ordinario, y más en un procedimiento sancionador que tiene una fase de instrucción y otra de resolución y por lo tanto deberá ser considerado detenidamente si fuera posible, o si eso es una prueba de la limitación de lo que cabe solicitar al amparo del artículo 37.1 a) de la LDC.

Considero que había elementos en el propio asunto sometido a casación para determinar el carácter fraudulento de la suspensión, y sobre todo por lo señalado en el voto particular de la referida sentencia casacional. O en su caso desestimar la suficiencia de esos elementos. Por otro lado, como reiterado echo en falta un análisis de la cuestión desde la perspectiva de un procedimiento sancionador y un examen de algunos elementos

que se mencionan en la sentencia, o en el voto particular de la sentencia de la Audiencia Nacional o que se derivan claramente de la resolución recurrida.

Esta sentencia claramente no es el fin, sino que obligará a los tribunales "a quo" y sin duda alguna a la Audiencia Nacional, a pronunciarse sobre la existencia o no de otros motivos en relación con las suspensiones del procedimiento que puedan tener una finalidad distinta y fraudulenta como indica la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo. O incluso a deber responder a algunas cuestiones que si bien se hallaban presentes en los hechos a los que se refiere la sentencia no han sido abordadas de manera clara o directa. Y ver si se considera o no algunos de los elementos mencionados en el artículo u otros como prueba o no de esa finalidad distinta y fraudulenta.

Nos hallamos ante una primera conclusión limitada, por lo que deberemos esperar para ver cómo evoluciona para determinar si existe en algún supuesto esa actuación fraudulenta de la administración de aumentar el plazo de caducidad de los expedientes sancionadores en materia de derecho de la competencia.

