

## **RESOLUCIÓN**

(Expte. R/0079/11, HEINEKEN)

### **CONSEJO**

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente  
D<sup>a</sup>. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta  
D. Julio Costas Comesaña, Consejero  
D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup>. Jesús González López, Consejera  
D<sup>a</sup> Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 29 de septiembre de 2011

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente D. Julio Costas Comesaña, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/0079/11, HEINEKEN, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto al amparo del artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) por HEINEKEN ESPAÑA S.A. contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación, de 3 de agosto de 2011, notificado al recurrente el día 6 del mismo mes, por el que se les denegaba su solicitud de traslado de la denuncia en la fase de información reservada.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. Con fecha 24 de marzo de 2011, tuvo entrada en la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) escrito de [XXX], en nombre y representación de la Asociación Española de Distribuidores de CO2 (AEDCO) en el que se formula denuncia contra los siguientes operadores en el sector de gases alimentarios (CO2 alimentario), PRAXAIR ESPAÑA S.L., (PRAXAIR), CARBUROS METÁLICOS S.A., (CARBUROS METÁLICOS) y HEINEKEN ESPAÑA S.A., (HEINEKEN) por supuestas conductas prohibidas por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).
2. Con fecha 26 de julio de 2011 la Dirección de Investigación (DI) de la CNC le comunicó a la apertura, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49.2 de la LDC, de una información reservada, bajo la referencia S/0337/11, con objeto de determinar si existían indicios de infracción en los hechos denunciados, y si concurrían las circunstancias que en su caso justificaran la incoación de un expediente sancionador.

3. En el escrito anterior de 26 de julio de 2011, y para cumplir aquel objetivo, la DI, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 39.1 de la LDC en cuanto al deber de colaboración de las personas físicas o jurídicas con la Dirección de Investigación, requirió a HEINEKEN para que facilitara determinada información y aportara diversos datos.
4. Con fecha 3 de agosto tuvo entrada un escrito de [XXX], en nombre y representación de HEINEKEN, mediante el que se solicitaba a la DI copia de la denuncia presentada por AEDCO, al mismo tiempo una prórroga del plazo señalado para responder a la solicitud de información cursada por la DI.
5. Con fecha de 3 de agosto de 2011, la DI acordó la ampliación solicitada del plazo señalado para responder a la solicitud de información en cinco días más, a contar desde el día siguiente a su terminación, así como la no procedencia de la remisión de copia de la denuncia.
6. Con fecha de 12 de agosto de 2011, tuvo entrada en la CNC escrito de recurso interpuesto por la representación procesal de HEINEKEN, en virtud de lo dispuesto en el artículo 47 LDC, contra el acuerdo de la DI de 3 de agosto denegando el acceso a la denuncia, solicitando al Consejo de la CNC, proceda a declarar la nulidad del acto, y consecuentemente, intime a la DI a que proceda a dar a HEINEKEN acceso a la misma.

La recurrente alega como motivo del recurso que la decisión de la DI consistente en denegar el acceso a la denuncia es susceptible de generar indefensión, en particular se estaría vulnerando su derecho a no declarar contra sí mismo (art. 24.2 de la Constitución española)

7. Con fecha 16 de agosto de 2011, conforme a lo indicado en el artículo 24 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/08 de 22 de febrero (en adelante, RDC), el Consejo de la CNC remitió copia del recurso a la DI para su informe.
8. Con fecha 22 de agosto de 2011 la DI emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido. En dicho informe, la DI propone, en primer término, que se inadmita el recurso interpuesto por HEINEKEN, en la medida en que la denegación del traslado de la denuncia durante la instrucción de la información reservada es un acto administrativo que al no reunir los requisitos previstos en el art. 47 de la LDC no es susceptible ante el Consejo; y en el caso de admitirse a trámite, que se desestime por no generar indefensión ni perjuicio irreparable para el denunciado.
9. El Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 7 de septiembre de 2011.
10. Es interesada HEINEKEN ESPAÑA S.A.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.- Objeto de la presente Resolución y pretensiones del recurrente**

El presente recurso se promueve, por parte de la representación procesal de HEINEKEN, contra el Acuerdo de la DI de 3 de agosto de 2011, dictado en el marco de una información reservada, bajo la referencia S/0337/11, por la que se denegaba la solicitud de traslado de la denuncia en la fase de información reservada.

La pretensión anulatoria de la actuación de la Dirección de Investigación, contenida en el escrito de recurso presentado ante el Consejo, se funda en la consideración de la recurrente de que la información sobre la denuncia trasladada por la DI es incompleta, a los efectos del art. 26 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), al no ofrecer los elementos de juicio necesarios para responder adecuadamente al requerimiento de información y ejercitar apropiadamente los derechos de defensa.

Entiende, además, que la información que, sobre la denuncia, se contiene en la notificación efectuada por la DI el día 26 de julio de 2011, en el marco de la información reservada S/0337/11, no guarda la necesaria proporcionalidad con la cantidad de información requerida por aquella.

Sostiene, por último, que los datos aportados en respuesta a la petición de información de la DI, sin conocer el contenido básico de la denuncia, podrán ser eventual y posteriormente utilizados, según la recurrente, como inculpatorios por la CNC en perjuicio del denunciado, lo que supondría una vulneración del derecho de defensa, en concreto, el de no declarar contra sí mismo (art. 24 CE).

### **SEGUNDO.- Inadmisibilidad del recurso por ausencia de los requisitos del artículo 47 de la LDC**

Al interponerse el recurso objeto del presente expediente *“en virtud de lo dispuesto en el artículo 47 LDC”*, la primera cuestión a dilucidar, antes incluso de entrar a analizar el fondo del asunto, es si el acuerdo de 3 de agosto de 2011 dictado por la Directora de Investigación es, como pretende la recurrente, un acto administrativo recurrible ante el Consejo o si, por el contrario, no lo es y, por tanto, procede la inadmisión del recurso.

El mencionado artículo 47 LDC solo permite interponer el recurso administrativo en él regulado contra aquellos actos de la Dirección de Investigación que *“produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos”*, de suerte que la ausencia de ambos requisitos debe determinar la inadmisión del recurso sin que proceda examinar las concretas alegaciones en que se funda. Por ello se analiza seguidamente si los argumentos contenidos en el escrito de recurso presentado ante el Consejo acreditan la indefensión alegada por HEINEKEN que permita la admisión de su recurso, de acuerdo con lo previsto en el mencionado artículo 47.

Este Consejo, tras haber realizado el análisis pertinente, considera que el presente recurso debe ser inadmitido por los motivos que, de forma sistemática, a continuación se exponen:

(i) En primer término, debe recordarse que la imposibilidad de recurrir actos de trámite sin efectivo contenido sancionador ha sido confirmada por el Tribunal Supremo que considera que la vulneración del artículo 24 de la Constitución no puede invocarse en relación a meros actos de trámite, aunque estos se dicten en el marco de un procedimiento sancionador. Así, en su Sentencia de 7 de febrero de 2007, el Tribunal Supremo declara que la protección inherente al derecho fundamental reconocido en el artículo 24 CE *“deberá invocarse en relación a actos administrativos que, además de haber sido dictados en el marco de un procedimiento que pueda merecer la calificación de procedimiento sancionador, sean definitivos, y por esta razón tengan en sí mismos un efectivo contenido sancionador. Esto es, la posible vulneración no podrá ser invocada en relación a meros actos de trámite”*.

Es así mismo doctrina consolidada del Consejo de la CNC, la consideración de que en los actos de trámite no cabe plantearse la existencia de indefensión (entre otras, Resolución de 7 de octubre de 2010, Expte. R-0053/10).

En el presente caso, dado que el expediente se encuentra en fase de información reservada, no existe imputación de un cargo a HEINEKEN del que tenga que defenderse, y, por ello, no cabe plantearse la existencia de indefensión. En otras palabras, no puede hablarse objetivamente de indefensión, pues en el actual estado del procedimiento, aunque exista una denuncia, no cabe hablar de presuntos infractores puesto que la Administración no ha formulado cargo alguno mediante el pertinente acuerdo de incoación y, en su caso, formulación de un pliego de concreción de hechos con imputación ex art. 33.1 del RDC.

En este sentido, el Acuerdo de la Directora de Investigación de 3 de agosto de 2011, es un acto de trámite que no determina la paralización del expediente ni produce indefensión porque, de acuerdo con el artículo 50.3 de la LDC, los hechos que puedan ser constitutivos de infracción se recogerán en un pliego de concreción de hechos que se notificará a los presuntos infractores. Así, y como

desde antiguo viene declarando este órgano (Resolución de 16 de enero de 1997, Expte. R/0053/10), el pliego de concreción de hechos es el único acto que define la acusación y las personas imputadas.

(ii) En segundo término, y sentadas las bases anteriores, aun cuando procediera realizar un análisis pormenorizado y de fondo de las cuestiones planteadas por la recurrente, entiende el Consejo que tampoco cabría admitir el recurso desde la perspectiva de las alegaciones específicas suscritas por la recurrente en relación con la indefensión exigida en el art. 47 de la Ley, como se expondrá inmediatamente.

### **TERCERO.- Improcedencia de la indefensión alegada**

Procede, en segundo término, fundamentar la ausencia de los requisitos del artículo 47 al amparo de lo alegado por la mercantil recurrente.

#### **(i) Improcedencia del traslado de la denuncia**

El art. 26 del RDC *in fine* establece: *“Cuando la Dirección de Investigación solicite la información al denunciado, le notificará todos los elementos objetivos contenidos en la denuncia y relacionados con los hechos denunciados.”*

En este sentido, la SAN de 7 de febrero de 2005 (recurso nº 192/2002), confirmaba, al referirse al derecho de defensa del art. 24 de la CE, que *“no se aprecia violación de este derecho, porque el Servicio de Defensa de la Competencia al realizar su información reservada y solicitar datos y determinada información a la empresa denunciada, le hizo saber los elementos esenciales de la denuncia contra ella formulada...”*.

Resulta, por tanto, pertinente, en primer término, rechazar la solicitud efectuada por la recurrente con respecto a la copia de la denuncia, pues de conformidad con el antedicho precepto, dicho traslado de la denuncia, manifiesta y expresamente, no procede en el marco de la información reservada prevista en el art. 49.2 de la LDC, siendo suficiente en este momento procesal comunicar al denunciado los elementos objetivos contenidos en la misma relacionados con los hechos denunciados. De la copia de la denuncia, únicamente se da traslado si en su caso llegara a incoarse expediente sancionador (art. 28.2 del RDC)

Por ello, la denegación a este respecto contenida en el Acuerdo recurrido de 3 de agosto de 2011 está plenamente justificada y motivada, y resulta íntegramente ajustada a Derecho.

#### **(ii) Insuficiencia de la información aportada sobre la denuncia**

Este Consejo entiende que se ha dado cumplimiento al mandato contenido en el mencionado art. 26 del RDC, en el sentido de comunicarle a la recurrente todos los elementos objetivos contenidos en la denuncia y relacionados con los hechos denunciados. O de acuerdo con la jurisprudencia anteriormente citada, *“los elementos esenciales de la denuncia contra ella formulada”*.

La notificación realizada a la denunciada, incluyó, como bien declara la DI en su informe, todos los elementos que aquella debe conocer para proceder a la contestación del requerimiento de información: identidad del denunciante, identidad de los diferentes denunciados, descripción de las supuestas prácticas anticompetitivas y aclaración de que dichas prácticas pudieran ser contrarias a la LDC.

El nivel de prolijidad sobre los hechos denunciados, y las circunstancias que los enmarcan, que exige la recurrente (tal y como consta en el anexo que adjunta a su escrito de recurso), no se corresponde ni siquiera con el contenido mínimo necesario exigido por la legislación para la viabilidad de la denuncia (art. 25. 2 de la RDC), ni tampoco con el grado de detalle que debe fundamentar una Orden de investigación, en caso de que se ordenara una inspección domiciliaria, o que se debe exigir del Acuerdo de incoación. Ello ha sido confirmado jurisprudencialmente, por la sentencia de la AN de 23 de junio de 2010 en cuyo fundamento jurídico segundo se puede leer:

*“Se imputa vicio de nulidad al Acuerdo de incoación y orden de investigación en cuanto no concreta los hechos objeto de las actuaciones. Tanto el Acuerdo de incoación como la orden de investigación se basan en “indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por la LEC... relativas a la fijación de precios así como otras condiciones comerciales o de servicio, de forma directa o indirecta, podrían haber comenzado en el año 2003 y continuar en vigor afectando al sector de las actividades transitarias por carretera”*.

*Existe por ello delimitación de hechos que van a ser investigados, si bien los mismos no se concretan con detalle, ello no es objeto de una orden de investigación ni de un Acuerdo de incoación, porque, precisamente, las actuaciones de investigación que se sigan en el expediente tienden a fijar los hechos; pero lo que resulta evidente, es que existe una delimitación del objeto de la investigación.”*

En el mismo sentido la más reciente sentencia de la AN de 20 de julio de 2011 (núm. recurso 131/2010), referido al nivel de concreción de la orden de investigación que constituye, como es sabido, el título habilitador para una injerencia de la Administración más intensa y gravosa en la esfera del administrado que el requerimiento de información, como es la inspección. En su razonamiento jurídico tercero, que, a juicio del Consejo, resulta perfectamente aplicable al traslado del contenido de la denuncia, la Sala declara: *“Ciertamente los términos en que está redactada la orden de*

*investigación son términos generales y no se da una información detallada pero esta Sala considera que la misma cumple con los parámetros establecidos en el artículo 13.3 del Reglamento de Defensa de la competencia al indicar de forma suficiente el objeto, finalidad y alcance de la Inspección”. Y más adelante: “Por otra parte la Administración no está obligada en esa fase [información reservada] a dar una información más detallada sino la estrictamente necesaria para concretar el objeto, finalidad y alcance de la Inspección”.*

Así pues, este Consejo estima que la información suministrada por la DI en su escrito de 26 de julio de 2011 ha de considerarse suficiente, toda vez que cumple los requisitos establecidos en el artículo 26 del RDC para la fase de información reservada.

(iii) Falta de proporcionalidad existente entre la información requerida y la facilitada por la DI

Este Consejo entiende que tampoco puede apreciarse *“la más absoluta desproporción”* entre la información requerida y la facilitada sobre las conductas denunciadas, tal y como alega la recurrente. En este sentido, primeramente, hay que señalar que es una norma con rango legal, la LDC en su art. 39.1, la que impone a toda persona física y jurídica el deber de colaboración con la CNC, estando obligados a proporcionar, a requerimiento de ésta y en plazo, toda clase de datos e informaciones de que dispongan y que puedan resultar necesarios para la aplicación de esta Ley.

En segundo lugar, hay que considerar que es haciendo uso de esa facultad prevista legalmente, cómo la DI decide, en el ejercicio de las funciones que tiene encomendadas, en qué supuestos resulta necesario el requerimiento de información a las empresas a que hace referencia el art. 39 de la LDC, y la extensión y alcance del mismo, al objeto de pronunciarse sobre un extremo tan relevante como es la incoación o no de un expediente sancionador. Respetando los límites legales y las garantías de las mercantiles afectadas, es la Administración la que goza del margen de apreciación para considerar la necesidad de la injerencia y su alcance (STEDH de 16 de abril de 2002, Stés. Colas Est c. Francia).

Por último, de las ocho preguntas formuladas por la DI (la novena se refiere solamente a los datos de contacto) es cierto, como deja vislumbrar la recurrente, que cuatro de ellas son generales (cuestiones sobre el mercado de CO2 y su estructura) y cuatro más particulares (atinentes a la propia empresa y su actividad comercial en dicho mercado). En consecuencia, tras su análisis, este Consejo no puede secundar la tesis de que la respuesta a cuatro cuestiones sobre la actividad de HEINEKEN en el mencionado mercado resulte desproporcionada, en aras de verificar la existencia de los hechos denunciados que la Dirección de Investigación considera necesario fijar para acordar la

incoación o, en su caso, el archivo de las actuaciones. Al tiempo de realizar este análisis de proporcionalidad de la información requerida al denunciado, es preciso tener en cuenta que ante la existencia de una simple noticia de una posible infracción de la LDC, bien por denuncia o de oficio, la Dirección de Investigación viene obligada a realizar una información reservada cuyo ámbito no está necesariamente constreñido a los hechos y sujetos que se contengan en la denuncia, y así lo han confirmado los tribunales: *“No existe inconveniente ni objeción legal para que los órganos administrativos de defensa de la competencia hagan uso de la información contenida en una denuncia para, por su propia autoridad, “convertir” el procedimiento en actuación de oficio, si los intereses generales lo demandan*” (STS de 26 de diciembre de 2007, Recurso nº 1907/2005).

(iv) Vulneración real y efectiva del derecho de defensa

Por otra parte, como es sabido, la indefensión constitucionalmente relevante es solo aquella que, en el marco de un procedimiento sancionador, produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de la parte. Tal y como reiteradamente ha expuesto este Consejo, la Jurisprudencia constitucional se ha orientado a una definición de carácter realista, estimando que *“no se da indefensión cuando ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos, o cuando no se ha llegado a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa”* (STC 71/1984, 64/1986).

Pues bien, es manifiesto que en el presente caso, no habiendo aportado la recurrente todavía ninguna información, y no habiéndose iniciado siquiera el procedimiento sancionador, resulta del todo imposible constatar “un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa”. Como la propia recurrente reconoce, actualmente se trata solo de una conjetura, el hecho de que dicha información pudiera ser “eventual y ulteriormente” utilizada como inculpatoria.

Si más adelante la DI imputa prácticas prohibidas y determina los presuntos responsables, y si resultara alguna imputación para HEINEKEN, habrá de analizarse si se ha basado o no en informaciones suministradas por la propia interesada y que hubieran podido ser utilizadas como inculpatorias. Pero también cabe la posibilidad de que la DI archive la causa, al no apreciar la existencia de prácticas prohibidas y no exista, por tanto, un pliego de concreción de hechos de infracción, en cuyo caso la información suministrada no habrá tenido relevancia a los efectos de dar lugar a una imputación respecto de HEINEKEN, y no se habrá podido producir perturbación de su derecho a la defensa. Más bien al contrario, las aclaraciones suministradas de parte durante la información reservada habrán coadyuvado a confirmar finalmente la inexistencia de indicios racionales de ilícitos antitrust que justifiquen la no incoación.



En este sentido, no hay que olvidar por otra parte que, como ha declarado el Consejo en otras ocasiones (Resolución de 15 de marzo de 2007, Expte. r 700/06 v, Banco Santander/Cheques comida), la información reservada constituye una investigación preliminar que permite comprobar la existencia y alcance de los hechos denunciados o conocidos, con la exclusiva finalidad de impedir abusos en el ejercicio del derecho a denunciar y de minimizar los perjuicios que, tanto para las partes como para la Administración, podrían resultar de la incoación injustificada de expedientes sancionadores por causa de denuncias falsas, temerarias o carentes de fundamento. Se trata por lo tanto de unas actuaciones desarrolladas, así mismo, en interés y protección de los propios denunciados.

A mayor abundamiento, es necesario destacar nuevamente al respecto de las cuestiones planteadas por la recurrente, que en esta fase preliminar de información reservada la Dirección de Investigación debe buscar un adecuado equilibrio entre, por una parte, la información que debe dar a la empresa denunciada y requerida en cumplimiento del mandato del art. 26 del RDC y, por otro lado, la información que se reserve con el objeto de que su actuación en defensa del interés público protegido por la Ley sea lo más fructífera posible, eludiendo el riesgo, siempre existente, de desaparición u ocultamiento de elementos de prueba de prácticas contrarias a la libre competencia (sentencia del TG de 28 de abril de 2010, as. T-448/05, apdo. 336, sobre el riesgo de ocultación en la primera fase de la investigación; STG de 26 de octubre de 2010, as. T-23/09, apdo. 40, sobre la necesidad de salvaguardar el efecto útil, en este caso, de una inspección).

Por todo ello, este Consejo, a la vista de las concretas alegaciones de HEINEKEN y tras un examen pormenorizado de las mismas, teniendo en cuenta los preceptos legales y la jurisprudencia pertinente, no puede aceptar la alegación primordial de la recurrente, en cuanto a que la negativa de acceso a la denuncia haya vulnerado el derecho de defensa amparado en el art. 24.2 de la CE.

En conclusión, como se ha argumentado en los Fundamentos precedentes, bajo ninguna perspectiva puede apreciarse el hecho de que la actuación administrativa de la DI en la que se fundamenta el presente recurso haya causado indefensión a los derechos de HEINEKEN. Por ello, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 LDC, este Consejo entiende que el recurso examinado en la presente resolución debe ser inadmitido.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, **EL CONSEJO,**

**HA RESUELTO**



**ÚNICO.-** Inadmitir el recurso interpuesto por [XXX], en nombre y representación de HEINEKEN S.A., en virtud de lo dispuesto en el artículo 47 LDC, contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de la CNC de 3 de agosto de 2011, por el que se les denegaba su solicitud de traslado de la denuncia en la fase de información reservada.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese al recurrente, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.