

## **RESOLUCIÓN (Expte. r 700/06 v, Banco Santander/Cheques comida)**

### **PLENO**

Excmos. Sres.:

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente  
D. Javier Huerta Trolèz, Vicepresidente  
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vocal  
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Vocal  
D. Miguel Cuerdo Mir, Vocal  
D<sup>a</sup> Pilar Sánchez Núñez, Vocal  
D. Julio Costas Comesaña, Vocal  
D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Jesús González, Vocal  
D<sup>a</sup> Inmaculada Gutiérrez, Vocal

En Madrid, a 15 de marzo de 2007

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente D. Javier Huerta Trolèz, ha dictado la siguiente Resolución, en el expediente r 700/06 v, de recurso interpuesto por la sociedad Banco Santander Central Hispano S.A. contra la comunicación del Servicio de Defensa de la Competencia, de 18 de octubre de 2006, dictada en las diligencias de información reservada 2712/06, por la que se deniega el traslado de la denuncia formulada contra la recurrente.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**1.-** Con fecha 30 de junio de 2006, se presentó denuncia ante el Servicio de Defensa de la Competencia por la Asociación Empresarial de Empresarios de Hostelería de la Comunidad de Madrid –La Viña-, contra el Banco Santander Central Hispano S.A. y otras sociedades por determinadas conductas constitutivas de posibles infracciones a los artículos 1 y 6 de la Ley de Defensa de la Competencia.

**2.-** Recibida la denuncia el Servicio acordó la práctica de una información reservada el 4 de agosto de 2006, en el curso de la cual se solicitaron determinados datos e informaciones a las partes denunciadas, mediante requerimiento fechado el día 25 de septiembre de 2006, en el que se hacía una descripción sucinta de la denuncia y se invocaba el deber de colaboración impuesto por el artículo 32.1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

**3.-** La representación legal del Banco Santander Central Hispano S.A. solicitó del Servicio, mediante escrito presentado el día 17 de octubre de 2006, que le diera traslado de la denuncia formulada, alegando para ello el derecho de defensa derivado del artículo 24.2 de la Constitución Española, al tiempo que puso de manifiesto su voluntad de colaborar con el Servicio de Defensa de la Competencia.

**4.-** El Servicio de Defensa de la Competencia, por comunicación de 18 de octubre de 2006, respondió negativamente a la petición de traslado de la denuncia, expresando que la información reservada es una actuación distinta y previa a la existencia de un procedimiento sancionador y que, por su carácter inquisitivo, no admite la intervención como parte de los interesados.

**5.-** Contra dicha comunicación, el Banco Santander Central Hispano S.A. ha interpuesto recurso ante este Tribunal, mediante escrito fechado y presentado el día 27 de octubre de 2006, en que alega, en síntesis, que la negativa expresa del Servicio a su solicitud de darle conocimiento de la denuncia formulada contra aquél, vulnera su derecho de defensa reconocido por el artículo 24.2 de la Constitución Española, derecho que debe ser respetado incluso en el ámbito de las informaciones reservadas, en cuanto las mismas se orientan al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, por lo que se solicita que se anule la decisión impugnada y se declare que las informaciones entregadas por el Banco Santander Central Hispano S.A. en el curso de la información reservada sean devueltas al mismo por el Servicio y no puedan ser utilizadas en la instrucción del expediente.

**6.-** Por su parte, el Servicio de Defensa de la Competencia, en el informe dirigido a este Tribunal el día 6 de noviembre pasado, señala que el recurso debe ser inadmitido, al no reunir los requisitos del artículo 47 de la Ley de Defensa de la Competencia, ya que el acto administrativo impugnado no determina la imposibilidad de continuar el procedimiento ni produce indefensión.

**7.-** El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 22 de febrero de 2007.

**8.-** Son interesados: Banco Santander Central Hispano S.A. y Asociación Empresarial de Hostelería de la Comunidad de Madrid-La Viña.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** El artículo 36.3 de la Ley de Defensa de la Competencia autoriza al Servicio, ante la noticia de la posible existencia de una infracción, a

proceder a la práctica de una instrucción reservada con carácter previo a resolver sobre la incoación de expediente sancionador, en el curso de la cual puede realizar las investigaciones que sean procedentes, incluso la investigación domiciliaria de las empresas implicadas. Para la práctica de dicha investigación la Ley, en su artículo 32, atribuye al Servicio la facultad de imponer sanciones a las personas físicas o jurídicas que incumplieran el deber de colaborar y de facilitar los datos e informaciones que les sean requeridos por el Servicio y que sean necesarios para la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia.

Dicha facultad tiene por objeto realizar una investigación preliminar que permita 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 una facultad inspirada en la protección de los derechos de terceros y en la racionalidad de la utilización de los recursos de la Administración, pero no tiene, ni puede tener, como finalidad la de proporcionar al Servicio un instrumento para investigar unos hechos denunciados sin tener que sujetarse a los principios y garantías propios del derecho administrativo sancionador, que obligan a respetar, entre otros, el derecho de defensa de aquellas partes contra las que se dirija o pueda dirigirse la actuación administrativa.

**SEGUNDO.-** De acuerdo con estos principios el Tribunal ha declarado con reiteración que la información reservada no atribuye a las personas o entidades denunciadas la condición de parte interesada ni le confiere un derecho a reclamar durante esta fase la satisfacción de sus pretensiones, sino que tan sólo dispone de la facultad de recurrir, al amparo del artículo 47 de la Ley de Defensa de la Competencia, una eventual decisión formal de archivo de la denuncia. Así, la Resolución de 19 de abril de 1999 (r 341/1988), declaró que *“la información reservada que regula el artículo 36 LDC, no constituye un procedimiento contradictorio en el que exista una dualidad de partes que puedan acudir al mismo con igualdad de armas, sino que se trata de una investigación previa a la admisión de una denuncia y tiende a comprobar la realidad y transcendencia de los hechos denunciados, con la finalidad de evitar abusos en el ejercicio del derecho a denunciar, evitando así los perjuicios que habrían de derivarse de la incoación injustificada de expedientes sancionadores por causa de denuncias falsas, temerarias o carentes de fundamento.*

*De esta manera, la Ley concede al denunciante la facultad de que su denuncia sea examinada e investigada por el órgano competente, pero sin atribuirle un derecho a la satisfacción de sus pretensiones ni una posibilidad de respuesta y contradicción procedimental, que solamente se acordará cuando el órgano investigador lo considere necesario para los fines de sus indagaciones.“*

Por su parte, las personas o entidades denunciadas también carecen de la condición de partes en sentido estricto, ya que la información reservada no constituye un procedimiento sancionador, pero la facultad de la Administración de realizar investigaciones preliminares encaminadas a su eventual incoación no excluye que en esta fase, como en cualquier actuación de las Administraciones Públicas, deban respetarse plenamente los derechos de las personas o empresas investigadas y singularmente los contenidos en el artículo 24.2 de la Constitución Española, entre los que se encuentran el de ser informados de las acusaciones que se les formulen, el de no declarar contra sí mismos y el de que su derecho de defensa no sufra restricciones innecesarias, lo que implica que la habilitación legal para la práctica de informaciones reservadas no puede ser convertida en una vía para actuar contra un operador económico u obtener pruebas contra el mismo al margen de las garantías constitucionales.

En este sentido, debe ser recordada la doctrina del Tribunal Constitucional que en sus sentencias 45/97 y 197/95, entre otras, destaca que *“no puede suscitar duda que el derecho a no declarar contra sí mismo, en cuanto garantía instrumental del derecho de defensa al que presta cobertura en su manifestación pasiva, rige y ha de ser respetado en la imposición de cualesquiera sanciones administrativas”*, siendo evidente que para la aplicabilidad de esta doctrina constitucional es necesario que quien sea objeto de una petición de información como denunciado por actos susceptibles de dar lugar al ejercicio de la actividad sancionadora de la Administración, tenga derecho a conocer suficientemente los hechos por los que está siendo objeto de la investigación, salvo en aquellos aspectos puntuales respecto de los que se hubiera solicitado y obtenido de la Administración una provisional declaración de confidencialidad, o ésta la hubiera declarado de oficio.

**TERCERO.-** De acuerdo con estos principios, cuando el Servicio recibe una denuncia y decide la apertura de una información reservada, en el curso de la cual reclama determinados datos o informaciones a las personas o empresas denunciadas, si éstas los aportasen voluntariamente, sin requerir el traslado de la denuncia o una información mayor sobre su contenido, no podría hacerse ningún reproche a la actuación administrativa, pues dichos sujetos no habrían considerado necesario para su defensa un conocimiento más

detallado de las imputaciones del denunciante, pero si, por el contrario, como sucede en el presente caso, alguna de las empresas denunciadas solicita el traslado de la denuncia o de los aspectos más relevantes de ésta con carácter previo a la entrega de la información requerida, por estimar que su conocimiento puede ser necesario para hacer eficaces sus derechos constitucionales a la defensa, el Servicio no debió negarse a dicha petición sin motivación alguna, con riesgo de privar innecesariamente a dicha denunciada del conocimiento de elementos que podrían ser relevantes para su defensa, siendo así que esa negativa hubiera sido procedimentalmente imposible si hubiera incoado ya el expediente.

Este es el criterio que ha mantenido este Tribunal en su Resolución r 305/98, más abajo citada, y confirmado por la más reciente, de 7 de marzo de 2002, dictada en el expediente 513/2001, en la que se declara expresamente que si la empresa denunciada consideraba que la información proporcionada por el Servicio sobre el contenido de una denuncia, en el curso de una información reservada, *“era insuficiente y que ello comprometía sus derechos constitucionales, debió solicitar el traslado de la denuncia en su integridad antes de responder como hizo, sin oponer resistencia alguna a proporcionar la información requerida.”*

*“Esta forma de proceder de la denunciada hace que no resulte de aplicación en este caso la doctrina de este Tribunal en la alegada Resolución de 28 de enero de 1999, expediente 305/1998, por la que se establecía el derecho del denunciado a no suministrar información en el curso de una información reservada cuando, habiendo solicitado el traslado de la denuncia, el Servicio se niegue a proporcionarla”.* Esta Resolución fue confirmada por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de febrero de 2005, citada por el Servicio en el informe remitido al Tribunal con motivo de este recurso, indicando que *“en este caso, no se aprecia violación de este derecho, porque el SDC 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”.*

En este mismo sentido, ya declaró este Tribunal en la resolución del recurso r 305/98, antes citada, que *“si el Servicio, excediéndose o desnaturalizando el procedimiento, se dirige también al denunciado, en concepto de tal, porque contra él se ha presentado una denuncia, interrogándole o pidiéndole información, debe notificarle, haya o no abierto el procedimiento sancionador, el contenido de la denuncia para que, a su vista, el denunciado pueda valorar la trascendencia de la información que se le requiere y, con ello, hacer uso de su derecho a no inculparse”.*

**CUARTO.-** En este punto es necesario precisar que no será siempre necesario que el Servicio dé traslado del mismo escrito de la denuncia, en su texto literal e íntegro, sino que bastaría con proporcionar sus elementos esenciales cuando la empresa denunciada no solicite mayor información, como sucedió en el caso resuelto por la mencionada Sentencia de la Audiencia Nacional o, en otro caso, con la comunicación de todos los elementos objetivos contenidos en ella en relación con los hechos denunciados, cuando fuera necesario o conveniente salvaguardar provisionalmente los datos identificativos del denunciante, las valoraciones subjetivas incluidas en la denuncia u otros hechos o imputaciones que sólo afectarían a terceros.

Por ello es preciso comprobar si la información suministrada por el Servicio a la parte recurrente, al solicitarle información, fue suficiente para garantizar el derecho de defensa del mismo. En el caso que es objeto de este recurso, el Servicio indicó al recurrente en su oficio de 25 de septiembre de 2006, al requerirle la aportación de datos, que la denuncia tenía por objeto la imputación a las denunciadas de un *“acuerdo entre ellas para la gestión conjunta de los vales de comida, imponiendo nuevas obligaciones a los empresarios de hostelería, de tal forma que quedan subordinados los contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guardan relación con el objeto de tales contratos”*, requiriendo en el mismo escrito a la recurrente la entrega de cuatro acuerdos distintos, uno de ellos de dudosa existencia según el propio Servicio, de un *“proyecto o/y implantación de una nueva operativa y de una exigencia para todos los restaurantes”* ...impuesta por el propio Banco Santander. Concretamente, las informaciones solicitadas fueron las siguientes:

*“Proyecto y/o implantación de una nueva operativa, común a las tres empresas y que sustituye la existente hasta entonces.*

*Acuerdo entre SOCIEDAD ...S.A., S...S.A., A...S.A. Y el BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, S.A. para la implantación de esta nueva operativa.*

*Acuerdo, si lo hubiera, de supresión total de los vales de comida en formato papel, por las tres empresas de vales de comida.*

*Acuerdo de sustitución, por parte de las tres empresas, de los vales de comida por la tarjeta magnética del operador Sistema 4B.*

*Acuerdo de exclusiva de las tres empresas con el Banco Santander Central Hispano para la gestión de la tarjeta magnética, así como medio a través del cual se ha hecho público el acuerdo.*

*Exigencia, para todos los restaurantes, de abrir cuenta en el Banco Santander Central Hispano.”*

Así las cosas, la mayor precisión y la pluralidad de las informaciones y datos interesados de la recurrente, algunos de los cuales ni siquiera se refieren directamente a ella, contrastan notablemente con la ambigüedad y generalidad de lo comunicado por el Servicio sobre el alcance de la imputación, por lo que éste no hubiera debido negarse sin justificación alguna a transmitir de forma más precisa los datos de la denuncia una vez que ello le fue solicitado por la recurrente.

**QUINTO.-** De acuerdo con lo expuesto, la necesidad de salvaguardar la efectividad del derecho de defensa de las personas denunciadas, aunque no obliga al Servicio a entregar al denunciado que lo solicitare el texto íntegro de la denuncia formulada contra él, si le impone el deber de reconocer su derecho a reclamar el traslado de su contenido, que debe incluir al menos, cuando así se solicitara, todos los elementos objetivos contenidos en ella en relación con los hechos denunciados, como presupuesto previo a la entrega de la información y documentación que le había sido interesada.

En el caso que es objeto del recurso, la inobservancia de este requisito invalida la efectiva entrega de los datos e informaciones entregados por la recurrente y exigidos por el Servicio bajo la advertencia de incurrir, en otro caso, en las sanciones previstas por el artículo 32 de la Ley de Defensa de la Competencia, por lo que dicha documentación deberá ser tenida por el Servicio como por no recibida y ser restituida al recurrente, sin que pueda ser utilizada por el Servicio para la incoación de expediente.

La restitución por el Servicio de la documentación e información aportada por el Banco Santander Central Hispano S.A. no implica, sin embargo, una derogación de la obligación de éste de aportar al Servicio toda clase de datos e informaciones que le sean requeridos, dentro de los términos del artículo 32, una vez que queden garantizados sus derechos constitucionales y sin que la estimación de este recurso pueda suponer un reconocimiento de un inexistente derecho absoluto e incondicional a la reserva de datos que, en otros ámbitos de la actuación administrativa, ha sido negado por el propio Tribunal Constitucional (STC 76/90, fundamento jurídico 10º).

Por todo ello, el Tribunal por mayoría

## HA RESUELTO

**UNICO.-** Estimar parcialmente el recurso formulado por el Banco Santander Central Hispano S.A. contra la comunicación del Servicio de Defensa de la Competencia, de 18 de octubre de 2006, dictada en las diligencias de información reservada 2712/06, y declarar que procede darle traslado de todos los elementos objetivos contenidos en la denuncia formulada contra ella, en relación con los hechos denunciados, como presupuesto previo a la entrega de la información y documentación que le había sido solicitada y declarar que la documentación e información entregada por el recurrente no hubiera debido serle exigida en estos términos, debiendo ser restituida a éste.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar de su notificación.

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL VOCAL DON FERNANDO TORREMOCHA Y GARCIA-SAENZ** a la Resolución dictada por la mayoría del Pleno de este Tribunal de Defensa de la Competencia en el Expediente r 700/06 v, Banco Santander/Cheques comida, al discrepar sustantivamente del criterio concluyente.

### ANTECEDENTES.-

**1º** El Servicio de Defensa de la Competencia en resolución dictada el día 25 de Septiembre del 2006, dispone en su literalidad

*“Se ha recibido en esta Dirección General, con fecha 30 de junio del 2006, escrito de D. T G R, en nombre y representación de la Asociación Empresarial de Empresarios de Hostelería de la Comunidad de Madrid –LA VIÑA– en el que se formula denuncia contra las mercantiles SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CHEQUE GOURMET S.A., SODEXHO PASS ESPAÑA S.A., ACCOR SERVICIOS EMPRESARIALES S.A., y el BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO por supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989 de 17 de Julio (BOE del 18) de Defensa de la Competencia (LDC), modificada por la Ley 52/99 de 28 de Diciembre (BOE del 29), consistentes en el acuerdo entre ellas para la gestión conjunta de los vales de comida, imponiendo nuevas obligaciones a los empresarios de hostelería, de tal forma que quedan subordinados los contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guardan relación con el objeto de tales contratos”.*

*“Con objeto de conocer en lo posible la realidad de los hechos para determinar si puede haber indicios de infracción, la Dirección General de Defensa de la Competencia, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 36.3 de la LDC, ha acordado llevar a cabo una información reservada como diligencia previa a la incoación del correspondiente expediente, si procediera en su caso.”*

*“En consecuencia y teniendo en cuenta lo preceptuado en el Artículo 32.1 de la LDC, en cuanto al deber de colaboración de las personas físicas o jurídicas con la Dirección General de Defensa de la Competencia, se requiere a esa entidad para que facilite la información y aporte los datos que a continuación se señalan:*

*“La contestación a la presente notificación deberá ser cumplimentada punto por punto y enviada en un plazo de diez días a la Dirección General de Defensa de la Competencia...significándole que la falta de colaboración ...podrá ser sancionada con multa...de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 32 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio (BOE del 18) de Defensa de la Competencia (LDC), modificada por la Ley 52/99 de 28 de Diciembre (BOE del 29)”.*

*“En aplicación de lo previsto en el Artículo 53 de la LDC podrán solicitar motivadamente que se mantengan secretos los datos o documentos que consideren confidenciales para que, cautelarmente, se constituya con ellos pieza separada o se devuelvan una vez analizados por el Servicio”.*

Resolución que se notifica al Banco Santander Central Hispano S.A.

**2º** La representación legal del Banco Santander Central Hispano S.A., solicitó del Servicio, mediante escrito presentado el día 17 de Octubre del 2006, que le diera traslado de la denuncia formulada, alegando para ello el derecho de defensa derivado del Artículo 24.2 de la Constitución Española, al tiempo que ponía de manifiesto su voluntad de colaborar con el Servicio de Defensa de la Competencia.

El Servicio de Defensa de la Competencia, por comunicación de 18 de Octubre del 2006, respondió negativamente a la petición de traslado de la denuncia, expresando que la información reservada es una actuación distinta y previa a la existencia de un procedimiento sancionador y que, por su carácter inquisitivo, no admite la intervención como parte de los interesados.

Contra dicha comunicación el Banco Santander Central Hispano S.A., ha interpuesto recurso ante este Tribunal de Defensa de la Competencia, mediante escrito fechado y presentado el día 27 de Octubre del 2006 en el

que alega, en síntesis, que la negativa expresa del Servicio a su solicitud de darle conocimiento de la denuncia formulada contra aquel, vulnera su derecho de defensa reconocido en el Artículo 24.2 de la Constitución española, derecho que debe ser respetado incluso en el ámbito de las informaciones reservadas, en cuanto las mismas se orientan al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, por lo que se solicita que se anule la decisión impugnada y se declare que las informaciones entregadas por el Banco Santander Central Hispano S.A., en el curso de la información reservada sean devueltas al mismo por el Servicio y no puedan ser utilizadas en la instrucción del expediente.

**3º** Por su parte, el Servicio de Defensa de la Competencia en el informe dirigido a este Tribunal el día 6 de Noviembre pasado, señala que el recurso debe ser inadmitido, al no reunir los requisitos del Artículo 47 de la Ley de Defensa de la Competencia, ya que el acto administrativo impugnado no determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, ni produce indefensión.

**4º** El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 22 de Febrero del 2007, resolviendo por mayoría, “estimar parcialmente el recurso formulado por el Banco Santander Central Hispano S.A., contra la comunicación del Servicio de Defensa de la Competencia de 18 de Octubre del 2006, dictada en las diligencias de información reservada 2712/06 y declarar que procede darle traslado de todos los elementos objetivos contenidos en la denuncia formulada contra ella, en relación con los hechos denunciados, como presupuesto previo a la entrega de la información y documentación que le había sido solicitada y declarar que la documentación e información entregada por el recurrente ha sido indebidamente obtenida, debiendo ser restituida a éste”.

Establecidos los ANTECEDENTES este Vocal discrepa en base a los siguientes MOTIVOS:

#### I.-

El **Artículo 36** de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, dispone en su párrafo primero que “el procedimiento se inicia por el Servicio de oficio o a instancia de parte interesada”. Añadiendo en el siguiente párrafo segundo que “la denuncia se presentará en la forma y con el contenido que reglamentariamente se determine que, *como mínimo, deberá contener:*

· *nombre o razón social y domicilio del denunciante y, en el caso de que actúe por medio de representante, acreditación de la representación y domicilio a efecto de notificaciones.*

· *nombre o razón social y domicilio de los denunciados.*

· *hechos de los que se deriva la existencia de infracción y pruebas, en su caso, de los mismos.*

Por su parte la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dispone en su **Artículo 70** que entiende de las solicitudes de iniciación de los procedimientos administrativos (partiendo de lo contemplado en el anterior Artículo 69 <los procedimientos podrán iniciarse de oficio o a solicitud de persona interesada>) según dispone en su párrafo primero que “*las solicitudes que se formulen deberán contener a) nombre y apellidos del interesado y, en su caso, de la persona que lo represente, así como la identificación del medio preferente o del lugar que se señale a efectos de notificaciones; b) hechos, razones y petición en que se concrete, con toda claridad, la solicitud; c) lugar y fecha; d) firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio; y e) órgano, centro o unidad administrativa a la que se dirige*”.

Partiendo de los anteriores preceptos normativos, así como del examen de la comunicación dirigida por el Servicio de Defensa de la Competencia al Banco Santander Central Hispano S.A., citada en su plena literalidad “*el acuerdo de llevar a cabo una información reservada*”, deviene obvio que dicha entidad bancaria no se ha visto privada de sus derechos constitucionales ex Artículo 24.2 esto es “*a ser informados de la acusación formulada contra ellos*”, por cuanto de la simple lectura de la comunicación se debe concluir que la misma contiene “*todos y cada uno de los requisitos exigidos por los Artículos 36 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia y Artículo 70 de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*” y, además, no existe acusación alguna.

De ahí, que de conformidad con lo dispuesto en el **Artículo 47** de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia *el Recurso debió de ser inadmitido.*

## II.-

Dispone el **Artículo 36** de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, en su párrafo tercero que “*ante la noticia de la posible*

*existencia de una infracción, el Servicio podrá proceder a la instrucción de una información reservada antes de resolver la iniciación de expediente sancionador, incluso con investigación domiciliaria de las empresas implicadas. Cuando el Servicio considere que no hay indicios de infracción de la Ley de Defensa de la Competencia podrá no iniciar el procedimiento y acordar el archivo de las actuaciones”.*

Precepto normativo que debe ser visto a la luz de lo dispuesto en el Artículo 68, siguientes y concordantes de la Ley 30/1992.

La simple lectura de la comunicación que el Servicio de Defensa de la Competencia dirigiera al Banco Santander Central Hispano S.A., evidencia **“el acuerdo de llevar a cabo una información reservada, como diligencia previa a la incoación del correspondiente expediente, SI PROCEDIERE EN SU CASO”.**

Actuación administrativa del Servicio de Defensa de la Competencia que tiene su amparo en lo dispuesto en el precitado Artículo 36, por lo que no se ha producido indefensión o ilegalidad alguna.

De ahí que acordada la información reservada, con amparo en lo dispuesto en el **Artículo 32.1** de la propia Ley de Defensa de la Competencia **“se le requiera para que facilite al Servicio una determinada información y haga aportación de una serie de datos”** en mérito al deber de colaboración de las personas, físicas y/o jurídicas, con la Administración.

Por lo que, nuevamente, procede enfatizar que el Servicio de Defensa de la Competencia ha actuado en el ejercicio estricto de sus competencias de instrucción, que le atribuyen los Artículos citados.

Ítem más, en dicha comunicación que el Servicio de Defensa de la Competencia dirige al Banco Santander Central Hispano S.A., se le manifiesta de forma clara y terminante que **“en aplicación de lo previsto en el Artículo 53 de la LDC podrá solicitar motivadamente que se mantengan secretos los datos y documentos que consideren confidenciales para que, cautelarmente, se constituya con ellos pieza separada o se devuelvan una vez analizados por el Servicio”.**

Es decir, que el Servicio de Defensa de la Competencia enfatiza al Banco Santander Central Hispano S.A., **en primer lugar** que la documentación requerida y que aporte lo sea bajo el contexto de confidencial. Lo que dicha entidad bancaria no hace en su momento oportuno, dejando precluir su derecho a hacerlo con posterioridad y vía recurso; y **en segundo lugar** y a

mayor abundamiento de la ofrecida confidencialidad, le posibilita que una vez analizada por el Servicio la documentación aportada “se le devuelva”.

¿En qué momento se ha producido vulneración constitucional de los derechos del hoy recurrente Banco Santander Central Hispano S.A.? ¿En dónde aparece acreditado que haya hecho uso de su derecho de declarar confidenciales los documentos y datos aportados? ¿En dónde aparece acreditado, que en tiempo y forma, haya solicitado del Servicio de Defensa de la Competencia la devolución de dichos documentos, previamente declarados confidenciales, de conformidad a lo establecido en la comunicación que el Servicio le dirige?.

Por todo ello, al no darse ninguno de los requisitos exigidos por el Artículo 47 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, **el Recurso debió de ser inadmitido por imperio de la Ley.**

### III.-

No es menos relevante a los efectos de la resolución de este Recurso, este Tribunal de Defensa de la Competencia, como doctrina propia, viene sosteniendo que “la información reservada son actuaciones distintas y previas a la iniciación de un expediente sancionador ... que, si no se incoa/inicia se procedería al acuerdo de archivo recurrible ante este Tribunal; y, si se incoa/inicia habrá partes interesadas, en cuyo caso se podrá tomar vista, presentar alegaciones y recursos ante este Tribunal por actos de mero trámite”. Al efecto citar, a modo de ejemplo, nuestras *Resoluciones r 381/1999 de 6 de Septiembre; r 213/1997 de 123 de Julio; r 569/03 de 26 de Abril; Recurso 674/2005 de 13 de Octubre...*

Doctrina que no puede desconocerse, ni mucho menos dejar de ser aplicada por este Tribunal de Defensa de la Competencia, que en todo caso al hacer expresa cita de una resolución antigua, lo que hace es poner de manifiesto que con posterioridad el Tribunal ha cambiado de criterio.

De ahí que el Recurso interpuesto por el Banco Santander Central Hispano S.A., **debió de ser inadmitido con base y fundamento en nuestra propia doctrina.**

### IV.-

Si deviene sorprendente que el Recurso interpuesto por el Banco Santander Central Hispano S.A., no fuera inadmitido, mucho más incongruente resulta que el mismo lo fuera estimado parcialmente.

Si deviene indubitado que el Servicio de Defensa de la Competencia en la comunicación dirigida al Banco Santander Central Hispano S.A., lo hace en cumplimiento fiel de sus atribuciones que el Ordenamiento le confiere; si resulta indubitado que dicha comunicación contiene la totalidad de requisitos formales que disponen los preceptos legales en los que se ampara; si deviene indubitado que dicha comunicación no inicia un procedimiento sancionador y por ello no implica imputación formal alguna; si deviene indubitado que el Servicio no ha vulnerado el precepto constitucional ex Artículo 9 (prohíbe la interdicción arbitraria de los poderes públicos); si deviene indubitado, previo el establecimiento de los antecedentes de hecho de nuestra Resolución estimatoria parcialmente del recurso, *concluir incongruentemente con dicha estimación parcial.*

Es decir, no cabe una estimación parcial del recurso. Sólo cabría, de estimarse que el Servicio de Defensa de la Competencia ha actuado en clara interdicción e ilegalidad con la estimación plena del Recurso; caso contrario, partiendo de nuestros asertos, sólo cabría una desestimación plena del recurso y ello partiendo de la realidad de haber dictado Auto de admisión, cuando debió serlo de inadmisión.

Así, por este mi **VOTO PARTICULAR** lo pronuncio, mando y firmo, en la misma fecha de la Resolución.