

## **RESOLUCIÓN (Expte. 283/90)**

### **Pleno**

Excmos. Sres.:

Fernández Ordóñez, Presidente

Martín Canivell, Vocal

Bermejo Zofío, Vocal

Alonso Soto, Vocal

Alcaide Guindo, Vocal

de Torres Simó, Vocal

Soriano García, Vocal

Menéndez Rexach, Vocal

En Madrid, a 9 de diciembre de 1992.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, compuesto por los señores arriba expresados, reunido para resolver sobre los recursos interpuestos contra el Auto de la Sección Primera, de 30 de julio de 1992; teniendo en cuenta los siguientes

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. Con fecha 30 de julio de 1992 la Sección 1ª del Tribunal dictó un Auto dando por recibida la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), que resolvía la cuestión prejudicial planteada el 28 de diciembre de 1990, cuya sentencia consta en el presente expediente, y en vista de su contenido acordó admitirlo a trámite, declarar no utilizable como prueba el contenido de determinadas actuaciones del expediente instruido por el servicio y admitir parcialmente la prueba propuesta por las partes.
2. Contra dicho Auto interpusieron recurso de súplica la Asociación Española de la Banca Privada (AEB), el Banco de Santander y el Banco Central Hispanoamericano para ante el Pleno de este Tribunal.
3. Por Providencia de la Sección 1ª, de fecha 10 de septiembre, se tuvo por recibido dentro de plazo el recurso del Banco Central Hispanoamericano, a efectos de su remisión al Pleno, y se inadmitieron los escritos presentados por los otros dos recurrentes por haberse presentado fuera de plazo, emplazando a las partes interesadas para que se personasen ante el Pleno en el plazo de 3 días.

4. El recurso contiene las siguientes alegaciones y peticiones:
- 1ª Todas las investigaciones se sustentan o traen causa de las informaciones contenidas en el formulario A/B de la Comisión de las Comunidades Europeas (CCE), por lo que procede anular todas las actuaciones del expediente administrativo disciplinario.
  - 2ª No sólo las pruebas excluidas por el Auto recurrido son nulas, sino todas las que se apoyan o deriven de ellas.
  - 3ª. Las pruebas rechazadas se consideran básicas, por lo que deben admitirse y acordar lo procedente para su práctica.
5. Se han personado en el recurso las siguientes partes:
- Asociación Española de Banca Privada (Procurador Sr. García San Miguel Orueta).
    - . Recurre contra la inadmisión por extemporáneo del recurso de súplica.
    - . Se persona.
  - Banco de Santander S.A. (Alfredo Oñoro Crespo, Letrado Asesor).
  - Banco Popular (Procurador Sr. Codes Feijoo).
  - Banco Bilbao Vizcaya (Procurador Sr. Puig Pérez de Inestrosa).
  - Banco Exterior de España.
  - Banco Español de Crédito (Procurador Sr. Ibáñez de la Cadinere)

A continuación se exponen resumidamente sus alegaciones:

AEB:

- Nulidad de todo el expediente:
  - El TJCE resuelve de modo "rotundamente" (también dice "rabiosamente") negativo las cuestiones planteadas por el TDC.
  - Se reserva derechos para acudir de nuevo ante el TJCE.
  - El # 39 St. TJCE, sobre posibilidad de utilizar las informaciones para abrir procedimiento nacional, ha de solucionarse con el apartado 34 de la propia sentencia.
  - La investigación del Instructor, las preguntas que formula, se basan totalmente en la información comunicada a la Comisión.
  - La información proporcionada a la Comisión no es sólo un medio de prueba, ni un indicio, sino el fundamento del expediente.

- Procesalmente es inadmisibile que se mantengan los documentos, cuya utilización el TDC ha prohibido, pues, "inconscientemente", van a ser tenidos en cuenta, lo que viola el "derecho de tutela jurídica" del art. 24 CE.
- En apoyo de esta alegación cita la resolución de la Sala 2ª T.S. sobre el "caso Naseiro", sin expresar la fecha de la resolución.
  
- Denegación de prueba:
  - Se basa, sin duda, en los artículos 77 y 129 y ss. del Reglamento TDC de 1965.
  - En el Auto se dice que contra la denegación de prueba no cabe recurso.
  - Es contrario a la tutela judicial esa imposibilidad de recurso.
  - Interesa la incorporación al expediente de la prueba denegada en #7.3.a) del Auto (folletos presentados por bancos no encausados en el expediente).
  - El sentido de la prueba es demostrar que las tarifas publicadas como máximas (en cuya estructura sí existió acuerdo) son similares en su cuantía (para lo que no existió acuerdo) por el propio juego de la libre competencia y del carácter máximo de las tarifas.
  - No parece que existiese tal acuerdo y, si lo hubo, la selección de unos pocos implicados para sancionarlos vulneraría el principio de igualdad.
  - La denegación arbitraria de prueba "vulnera el art. 24 CE".
  
- Otrosí
  - Aunque es materia no tratada en el recurso del Banco Central Hispanoamericano, es improcedente extender la aplicación del derecho comunitario al expediente.
  - El Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) no menciona legislación comunitaria, con lo que se infringe el principio acusatorio.
  - La extensión es contraria al propio derecho comunitario, pues se produciría una doble competencia de actuaciones simultánea de dos autoridades sobre los mismos hechos y para enjuiciarla con la misma legislación.
  - AEB presenta en la Comisión CE un formulario A/B, solicitando declaración de compatibilidad o práctica exceptuable: CE abre expediente IV/32722 - Bancos españoles, pendiente de resolución.

- Suplantación autoridad comunitaria (art. 44 LDC).
- Adelantamiento en su resolución de expediente (art. 44 LDC).
- El art. 32 (sic) LDC prevé la suspensión del expediente español y el cómputo de las sanciones comunitarias.
- En principio, los órganos nacionales pueden aplicar legislación comunitaria sobre competencia:
  - . Art. 88 TCEE.
  - . Art. 9.3 Reglamento 17/62.
  - . St. TJCE BRT/SABAM.
- 2º Otrosí:
  - Subsanción error material : Reflejar en la parte dispositiva del Auto recurrido que la acusación queda reducida al cargo B del pliego de concreción de hechos de infracción de 11 de Diciembre de 1989.
- 3º Otrosí:
  - Que se provea a su escrito de impugnación del acuerdo de la Sección 1ª, inadmitiendo su recurso contra el Auto de 30 de Julio.

#### Banco de Santander

- Insuficiencia de pruebas para admitir a trámite el expediente (art. 12.1 Ley 110/1963 y 85.a) Reglamento 1965).
- Nulidad de expediente
  - La interpretación de la St. TJCE determina esta conclusión.
  - Reducción de cargos: prueba del recurso:
    - . La acusación del cargo B) tampoco ha sido probada.
  - No es aplicable derecho comunitario.
    - . El expediente fue incoado en aplicación de la Ley 110/63, no del derecho comunitario.
    - . En el acuerdo de la Dirección General de Defensa de la Competencia (DGDC), de 20 de Octubre de 1988, se dice expresamente que el expediente se sigue en aplicación de la Ley 110/63 "y no en aplicación directa de los arts. 85 y 86 del Tratado de Roma".

## Banco Popular

- Nulidad del expediente
  - El Auto de la Sala 2ª TS, de 18 de junio de 1992, (Naseiro) incorpora la doctrina del "fruit of the poisonous tree".
  - Todas las actuaciones del TDC tienen como base, fundamento y sustento las informaciones contenidas en formulario A/B.
  - La declaración del TJCE hace que el expediente esté viciado de nulidad al fundarse en pruebas ilegalmente obtenidas.
  - La utilización de las informaciones es contraria al derecho comunitario, por lo que el TDC no puede basar su resolución en ellas.
  - Todas las pruebas han sido obtenidas irregularmente.
  - No basta la simple reducción de cargos, no incorporada a la parte dispositiva del Auto impugnado.
  
- Extensión del expediente al ordenamiento comunitario:
  - Vulneración de los principios de seguridad jurídica y de defensa.
  - No existe precepto alguno que permita extender la legislación aplicable ni en la Ley 1963 ni en los Reglamentos 1965 y 1970.
  - Al existir un expediente abierto por la CCE, el TDC debe abstenerse.
  - Reconoce competencia a las autoridades nacionales para aplicar derecho comunitario (St. TJCE BRT/SABAM) y . Art. 9.3 Reglamento 17/62.
  
- Admisión de pruebas denegadas
  - Se adhieren al Banco Central.

## Banco Bilbao Vizcaya

- Cuestión previa
  - Nulidad de la notificación del Auto recurrido.
    - . Estaba personado por Procurador desde 1990 y la notificación se hizo por correo sin que conste el cumplimiento de los requisitos.
    - . El Auto se notifica el 3 de Agosto y el plazo de impugnación transcurre en ese mes: indefensión.

- . "Infracción de los más elementales principios procesales": a la DGDC se le otorga el mismo plazo de 10 días, a contar desde el 1 de Septiembre.
- Nulidad del expediente
  - Todas las actuaciones que han servido de base para la incoación del expediente se encuentran comprendidas en el Formulario A/B, cuya utilización se prohíbe en la St. TJCE: cualquier otra interpretación no es ajustada a derecho.
- Aplicación del derecho comunitario
  - Se hace por primera vez alusión al art. 85.1 TCEE en el Auto mencionado.
  - Al no haber previa imputación de cargos sobre estos preceptos se infringen los artículos 14 y 24 CE.
  - Además se opone por razones de técnica legislativa:
    - . Art. 9.3 Reglamento 17/62.
    - . St. TJCE 127/73 BRT/SABAM.
  - Desde el momento en que la autoridad comunitaria inicia un expediente, la autoridad nacional deja de ser competente: el TDC debe abstenerse de examinar los hechos.
- Denegación de prueba
  - La dilación del procedimiento alegada en el Auto no es admisible en un expediente que lleva tantos años en tramitación.
  - Suplico:
    - . Principal: . nulidad del expediente.
    - . Subsidiario: . nulidad de la notificación del Auto.
    - . No aplicación art. 85.1 TCEE.
    - . Práctica de la prueba denegada (certificaciones del Banco de España acreditativas de folletos de tarifas declaradas como máximas por los Bancos y Cajas de Ahorros no encausadas).

### Banco Exterior de España

Se limita a ratificar los argumentos impugnatorios del único recurrente.

## Banesto

Se adhiere al recurso del Banco Central.

- Nulidad del Expediente en su totalidad
  - Recoger en parte dispositiva del Auto la reducción al cargo B.
  - Recoger en parte dispositiva del Auto la declaración de no utilizables de los Folios 154-288 del expediente.
  - Audiencia de los interesados dándoles plazo para que puedan alegar sobre la eliminación de partes del expediente.
  - Fuerza obligatoria de las sentencias TJCE para las jurisdicciones nacionales, en cuestión prejudicial.
    - . St. TJCE Milch-Fett- und Eiekontor GmbH/Hauptzollamt Saarbrücken de 24 de Junio de 1969.
    - . St. TJCE Benedetti/Munari F.lli S. a s., de 3 Febrero de 1977.
    - . La Sección 1ª no puede interpretar la St. TJCE: sólo éste es competente.
  - La información del formulario A/B no es simple "notitia criminis", sino fundamento del expediente.
  - Hay que anular cualquier prueba que se apoye, derive o proceda mediata o inmediatamente de la información contenida en esos folios.
  - Utilización desleal por SDC de las informaciones obtenidas en el procedimiento comunitario.
  - Que las autoridades nacionales aplacen su actuación hasta que la CEE resuelva.
    - . Esta interpretación es avalada por la nueva Ley de 1989, art. 44.1:
      - Alegación a instancia de parte.
      - Aplazar la resolución.
    - . Banesto se reserva la posibilidad de demandar formalmente la suspensión del expediente.
  - El expediente no puede acabar en multa a los Bancos: art. 15.5 Reglamento 17/62.
  - La tramitación parcial del expediente carece de fundamento.
  - Prueba de que sólo se han usado las informaciones de los Bancos a la CEE, es que sólo los que han pedido la autorización están encausados en el expediente.
  - Si los cargos ahora se limitan a B), el expediente debería ser devuelto al SDC para que fundamente de nuevo los cargos contra todas las entidades bancarias que operan en España.

- Admisión a trámite del expediente

- Necesita conocer en su integridad los expedientes 494/87 y 283/90 TDC.
- Motivos:
  - a) Interpretación incorrecta de la St. TJCE.
  - b) Tramitación contraria al espíritu de la Ley 110/1963.
  - c) La tramitación no puede producir ningún efecto útil.

ad a) el #39 St. TJCE que se resuelve la cuestión prejudicial debe interpretarse a la luz de la jurisprudencia comunitaria:

St. Dow Benelux de 17 de octubre de 1989, as. 85/87.

- La formulación de los hechos de infracción está viciada en su totalidad, pues no hace ninguna distinción entre los diferentes cargos y la prueba que los fundamenta.

ad b) el pliego de concreción de hechos se ha fundamentado en pruebas e informaciones recogidas de forma ilícita por SDC.

-Conforme a la Ley 110/1963, la competencia del TDC respecto del SDC no es revisora sino de control de legalidad: no es posible subsanar los vicios limitando la acusación al cargo B)

ad c) La admisión a trámite del expediente no podría conducir a la adopción de decisión firme.

-Imposibilidad de imponer sanciones del art. 85.1 TCEE y art. 15 Reglamento 17/62.

. El ejercicio de doble competencia está previsto expresamente en el Reglamento 17/62, art. 9, y st. TJCE de 30 de enero de 1974, as. 127/73, BRT/SABAM).

. Una solicitud de información con sede en el art. 11 del Reglamento 17/62 es suficiente para determinar la incoación de un procedimiento comunitario. V. Concl. Ab. Gral. MAYRAS en BRT/SABAM.

. Las reuniones entre Bancos y funcionarios de la DG IV demuestran la intención de la CCE de examinar el asunto.

. Si TDC tuviera dudas sobre la dualidad de procedimientos debería plantear una nueva cuestión prejudicial, es decir, si considera incierta la existencia de incoación de procedimiento a nivel comunitario.



- Aplicación de sanciones Ley 110/63:
  - . Consideración del deber general de colaboración con autoridades comunitarias.
  - . No comprometer el efecto útil de las normas de derecho comunitario, para evitar el riesgo de procedimientos contradictorios.
    - St. TJCE 13 de febrero de 1969, as. 14/68 Walt Wilhelm.
  - . Riesgo de comprometer la aplicación de normas comunitarias en el procedimiento de autorización comunitario, con el actual expediente nacional.
  - . Que las autoridades nacionales, en vez de instruir su procedimiento intervengan en el comunitario presentando alegaciones.
  - . Art. 15.5 Reglamento 17/62: no pueden imponerse multas con posterioridad a la notificación a la CCE y antes de la decisión de esta que otorgue o deniegue.
  
- Denegación de pruebas
  - Las alegaciones en este extremo coinciden sustancialmente con las del único recurrente.
  
- Suplico:
  - Principal: Declarar nulo en su totalidad el expediente (494/87 SDC y 283/90 TDC).
  - Subsidiario:
    - 1º.
      - . Revocación del Auto de 30 de julio y devolución del expediente al SDC indicándole los nuevos antecedentes a aportar y las nuevas pruebas a practicar.
      - . Declarar nulas las demás actuaciones sobre los otros cargos.
      - . Suspender la nueva instrucción hasta que CCE se pronuncie.
    - 2º.
      - . Aplazar la decisión firme sobre el expediente hasta que CCE decida.
      - . Planteamiento de nueva cuestión prejudicial sobre dualidad de procedimientos.
  - Admisión de pruebas solicitadas.
  - Necesidad de conocer en su integridad los expedientes 494/87 SDC y 285/90 TDC.

- Reserva de medios de defensa y de petición ante órganos nacionales y comunitarios.
6. La Asociación Española de la Banca recurre además contra la Providencia de 10 de septiembre que inadmitió su recurso por extemporáneo, y entiende, por las razones expuestas en su escrito, que debió admitirse y tramitarlo en consecuencia.
  7. El Pleno de este Tribunal, en su reunión del día 17 de noviembre, acordó que no considera necesario dar traslado al Servicio ni tampoco celebrar vista, por no tratarse de un recurso contra resolución definitiva, sino contra un Auto de admisión a trámite.
  8. En su reunión del 24 de noviembre, el Pleno, tras la correspondiente deliberación y debate sobre los puntos de hecho, fundamentos de derecho y propuesta sometida a su consideración por el Ponente, acordó declarar conclusas las actuaciones y encargar al Ponente la redacción del Auto resolviendo el recurso.
  9. Son interesados:
    - Asociación Española de Banca Privada.
    - Banco de Santander, S.A.
    - Banco Popular.
    - Banco Bilbao Vizcaya.
    - Banco Exterior de España.
    - Banco Español de Crédito.

Ha sido Ponente el Vocal D. Eduardo Menéndez Rexach.

## **FUNDAMENTOS JURIDICOS**

1. El motivo del recurso interpuesto y las numerosas alegaciones realizadas en impugnación del Auto de la Sección 1ª de este Tribunal, de 30 de julio pasado, que han quedado resumidas más arriba (Antecedente de hecho 5.), obligan a realizar unas consideraciones previas con el objeto de centrar la cuestión y determinar la naturaleza del Auto que se recurre; ambas están íntimamente relacionadas y se refieren, por una parte, a la excepcionalidad del presente recurso, debido a la incorporación al procedimiento nacional del contenido de la sentencia de 16 de julio de 1992, DGDC/Bancos Españoles, asunto C 67/91, dictada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en respuesta a la cuestión prejudicial planteada por este Tribunal de Defensa de la Competencia, excepcionalidad que, no debe olvidarse, no desvirtúa la verdadera naturaleza de la resolución

impugnada, que es un Auto de admisión a trámite, no susceptible de recurso generalmente, que abre la fase legalmente prevista ante el Tribunal de Defensa de la Competencia una vez realizada la instrucción del expediente por el Servicio de Defensa de la Competencia. Por ello, en este momento procesal, en que aún no se conoce el resultado de las pruebas admitidas y practicadas ni las observaciones de las partes, es prematuro el pronunciamiento sobre el fondo de algunas de las cuestiones que se plantean, cuyas alegaciones parecen más propias del recurso de súplica contra la sentencia de la Sección, regulado en los artículos 124 a 129 del Reglamento del Tribunal de Defensa de la Competencia (Regl. TDC), aprobado por D. 538/1965, que de un recurso contra un Auto de admisión a trámite. No obstante, en aras de una mayor clarificación procesal, este Tribunal examinará a continuación todas las cuestiones planteadas.

2. La resolución recurrida por la AEB y regulada en el art. 124.4 del Reglamento de este Tribunal, es un acto de mero trámite, en el que la Sección, cuya Providencia se impugna, se limita a constatar si los recursos están o no dentro de plazo y, en su caso, los tiene por recibidos dentro de plazo a efectos de su remisión al Pleno, exclusivamente; esta Providencia que, en otros procesos, sería una simple diligencia del Secretario, no puede tener otro contenido, pues la propia naturaleza del recurso de súplica excluye cualquier otra intervención del órgano "a quo"; la simple comprobación de los datos obrantes en el expediente sobre la notificación realizada permite constatar que el recurso está fuera de plazo, sin que las alegaciones del recurrente alcancen a desvirtuar esta conclusión pues, ni el mes de Agosto es inhábil para la Administración, ni existe disposición alguna de aplicación a este procedimiento en que así se establezca, ni la notificación se ha hecho en forma o domicilio diferente a las efectuadas a lo largo de toda la tramitación del asunto, ni el Procurador ha designado, hasta después de la notificación controvertida, otro domicilio diferente del inicialmente fijado y en el que se han venido haciendo las notificaciones, según se acaba de decir, por todo lo cual procede rechazar las alegaciones de la AEB sobre este extremo, al no haber sufrido vulneración alguna las garantías procesales fundamentales del art. 24 CE. Procede, sin embargo, admitir su personación en el recurso y examinar las alegaciones formuladas al efecto. La misma suerte y por motivos similares ha de correr la alegación de nulidad del BBV respecto de la notificación del repetido Auto, que no ha podido producir indefensión, pues se ha hecho en la misma forma y lugar que las restantes notificaciones anteriores; ambas entidades conocían, además, la sentencia del Tribunal comunitario, su fecha y remisión a este Tribunal de Defensa de la Competencia, por lo que mal pudo sorprenderles en su buena fe que éste reiniciase, inmediatamente a su recepción, el procedimiento suspendido por el planteamiento de la cuestión prejudicial.

3. Las razones del único recurrente (a las que se han adherido las otras partes personadas, únicas de los de éstas que pueden ser examinadas, pues lo contrario equivaldría a la extemporánea admisión de su recurso) consisten en combatir la interpretación que la Sección 1ª de este Tribunal ha hecho de la sentencia del T.J.C.E., anulando parcialmente lo actuado por el Servicio de Defensa de la Competencia, y pide su total nulidad, al tiempo que reclama la admisión de las pruebas por él propuestas y rechazadas, en parte, por el Auto de 30 de Julio; invoca en apoyo de su petición los artículos 14, 17 y 24 CE, supuestamente infringidos por dicha resolución.
4. Antes de examinar los motivos del recurso, es preciso hacer unas referencias breves a las consideraciones del T.J.C.E. que, en lo que a la resolución del presente recurso se refiere, versan sobre los siguientes extremos:
- Para interpretar las disposiciones del Reglamento comunitario nº 17/62 de 6 de febrero, hay que tener en cuenta las exigencias derivadas del respeto de los principios generales del Derecho comunitario y, en particular, de los derechos fundamentales (#30).
  - Tanto si las autoridades nacionales aplican el derecho de la competencia comunitario, cuanto si aplican el derecho nacional, el procedimiento y la recogida de pruebas se rigen por las normas de derecho nacional (#32).
  - El valor probatorio de las informaciones transmitidas por las empresas a la Comisión en virtud del Reglamento 17, y las condiciones en que puedan invocarse en contra de las empresas viene establecido por el derecho comunitario y queda limitado exclusivamente a los procedimientos del Reglamento 17: la simple transmisión de estas informaciones al Estado miembro no implica que éste pueda utilizarlas de modo que ponga en peligro la aplicación del Reglamento 17 y los derechos fundamentales de las empresas (#33 y 34).
  - Los derechos fundamentales en presencia son, en lo que respecta a las empresas, el secreto profesional que supone, aparte de la prohibición de comunicar informaciones confidenciales, la imposibilidad de utilizar la información para fin distinto de aquel para el que se recogieron, y el derecho de defensa que debe respetarse desde el primer momento y exige que se informe a las empresas de la finalidad que persigue la Comisión al solicitarles la información y de las fases jurídicas de la solicitud y, además, que la información

recogida no se desvíe del marco jurídico de la petición (#35-37).

- Estas garantías se vulneran si una autoridad distinta de la Comisión puede utilizar como medios de prueba, en el marco de procedimientos no regulados por el Reglamento 17, informaciones recogidas de conformidad con el Reglamento (#38).
  - Las repetidas informaciones constituyen indicios que, en su caso, pueden tenerse en cuenta para la apertura de un procedimiento nacional, siempre que se respeten las condiciones siguientes:
    - 1) Que no se comuniquen a otras autoridades nacionales ni a terceros.
    - 2) Que permanezcan en la esfera interna de las autoridades nacionales y sólo se utilicen para decidir si conviene o no incoar un procedimiento nacional (#39-42).
  - Los hechos mencionados en una información transmitida a la Comisión en el marco de un procedimiento del Reglamento 17 pueden ser objeto de un procedimiento nacional, siempre que la prueba de su existencia se haga a través de los medios que ofrece el derecho nacional y con las garantías por él previstas (#43).
  - Las empresas que han realizado notificaciones en la forma prevista en el Reglamento 17 tienen en contrapartida ciertas ventajas que desaparecerían si los Estados pudieran utilizar las informaciones que dichas notificaciones contienen para justificar sanciones nacionales.
5. Esta doctrina ha sido correctamente incorporada a su Auto por la Sección 1ª de este Tribunal, al declarar que el expediente no es nulo en su totalidad, sino sólo en aquellos extremos en que se han utilizado por el Servicio, como medio de prueba, informaciones procedentes del formulario A/B a que presentó el recurrente en el marco de uno de los procedimientos comunitarios del Reglamento 17; por tanto, las demás diligencias son válidas en cuanto no procedan de dicho formulario o en cuanto se refieran a hechos contenidos en el formulario, pero acreditados, sin perjuicio de la valoración final que haga este Tribunal, por medios de prueba propios del procedimiento ante el Servicio o que puedan usar en esta fase procedimental; además, el Tribunal de Luxemburgo no constata ni declara la violación de derechos fundamentales, protegidos tanto por el derecho comunitario, por vía de los principios generales comunes a los Estados miembros, como declaró el propio Tribunal a partir de la histórica sentencia de 20 de Febrero de 1969 (Stauder contra la ciudad de Ulm, asunto 29/69),

y ha mantenido en jurisprudencia constante hasta la sentencia ahora comentada, como por el derecho interno español desde la Constitución, en su art. 24 fundamentalmente, hasta las leyes ordinarias, como la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo art. 11.1 priva de efectos a "... las pruebas obtenidas directa o indirectamente, violentado los derechos fundamentales".

6. Hay que recordar, además, que ha sido este Tribunal quien, ante la duda sobre la procedencia de utilizar la información controvertida en el procedimiento nacional, utilizó la técnica de consulta al Tribunal comunitario, prevista en el art. 177 TCEE y ante la doctrina de éste resumida más arriba (F.J. 4) adoptó inmediatamente el remedio pertinente para evitar que el procedimiento, que es único, estuviera viciado por un uso incorrecto de material probatorio, de modo que, una vez constatada la posible infracción, se subsanó en la única forma posible, aunque conservando los actos válidos practicados en el expediente. El reenvío prejudicial es una fórmula establecida por los Tratados comunitarios (art. 41 TCECA y 177 TCEE) para que los Tribunales nacionales y algunos órganos no jurisdiccionales equiparables a ellos en cuanto a su función, únicos competentes para fijar los hechos en el asunto sometido a su decisión, soliciten del Tribunal comunitario la interpretación de una norma o su validez; se trata, pues, de una comunicación entre dos Tribunales, el nacional y el comunitario, y las partes del proceso principal no pueden sustituir, con su particular interpretación de la sentencia que resuelve la cuestión jurídica, a la que haga el Tribunal nacional que la ha formulado.
7. En el derecho interno español las garantías procesales fundamentales recogidas en el art. 24 CE, "... han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 CE" (St. TC de 8 de junio de 1981) y consecuencia de esta importante afirmación, mantenida en doctrina constante por el TC y el TS, es que la presunción de inocencia sólo puede ser desvirtuada por prueba de cargo "...que haya llegado con las debidas garantías al proceso" (St. TC 55/1982 de 26 de Julio) y, por tanto, la aportación regular al proceso de la prueba obtenida lícitamente es un principio básico del procedimiento español, único aplicable en este expediente como recuerda el Tribunal comunitario (párrafo 32).
8. Hay que distinguir dos momentos en materia de prueba procesal: en primer lugar, la obtención de los elementos que sirven para reconstruir lo ocurrido y, en segundo lugar, su incorporación al proceso para que sirvan como medio de prueba; en el presente caso, la obtención de la información contenida en el formulario A/B ha sido perfectamente regular, pero no así

su uso para fines distintos a los previstos en el procedimiento comunitario y a los conocidos por las partes; la vulneración de las reglas en el primer momento daría lugar a la nulidad absoluta (por poner ejemplo extremo, obtención de una confesión bajo tortura), mientras que en el segundo afectaría más bien a la prohibición de indefensión y a la igualdad de armas de las partes en el proceso, como ha declarado el TC en sentencia 64/1986, de 21 de mayo. En uno y otro caso se suele distinguir, siguiendo lo que se conoce por "teoría del entorno jurídico", dos áreas objeto de protección: el núcleo intangible, cuya vulneración produce la absoluta imposibilidad de aprovechar la prueba; y la esfera menos protegida, en la que hay que ponderar si la violación afecta esencialmente al entorno jurídico del recurrente, lo que se resuelve aplicando los criterios del equilibrio de intereses y la proporcionalidad entre el medio y el fin perseguido. La conclusión es que la resolución impugnada aplicó correctamente los criterios acabados de exponer al declarar qué material probatorio no es utilizable por su incorrecta incorporación al expediente, cuál es válido y qué pruebas se admiten en esta fase contradictoria, de modo que todas las partes tengan posibilidad de defenderse, asegurando así el derecho de contradicción, y queda también salvaguardado el interés público a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE y art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950), cuya finalidad concreta es aquí la determinación, y sanción, en su caso, de conductas anticompetenciales.

9. La exagerada pretensión del recurrente de que se anule todo el expediente supone una aplicación extensiva hasta grados no reconocidos en nuestra jurisprudencia de la doctrina de los frutos de árbol venenoso o de la "fernwirkung", según se prefiera la doctrina anglosajona o la alemana, y ni siquiera la doctrina es unánime a la hora de interpretarla, pues su aplicación ilimitada llevaría a consecuencias absurdas; hay que recordar, además, que no se trata de una prueba obtenida ilícitamente, sino de la utilización indebida de prueba obtenida correctamente. Por ello, hay que concluir que se trata más bien de una pretensión de sustituir, con su particular interpretación del expediente (todas las actuaciones proceden del formulario A/B, alegaciones 1 y 2) en relación con su interpretación de la sentencia a la cuestión prejudicial (el TJCE acuerda y declara estimar nulo todo el expediente -alegación 3-), a la que ha realizado la Sección 1ª de este Tribunal, lo que no es admisible, por lo que el recurso debe ser desestimado en este punto. No se ha infringido por la Sección 1ª ninguno de los preceptos constitucionales invocados por el recurrente: ni el 14, pues no existe término de comparación o situación de agravio sobre la cual haya de proyectarse y, si se refiere al plazo de 10 días concedido al SDC cuyo cómputo se iniciaba el 1 de septiembre (parte dispositiva del Auto, punto 9), su simple lectura revela que no se refiere al término para interponer un

recurso, sino para la aportación al expediente de los documentos expresados por la Sección, por lo que no es pertinente la comparación a efectos de considerar infringido el principio de igualdad consagrado en el precepto constitucional citado; ni el art. 17, que consagra el derecho a la libertad y seguridad y que no resulta de aplicación en este caso ni el art. 24, por las razones acabadas de expresar. A esta consideración no pueden oponerse eficazmente las alegaciones de las partes que se han adherido al recurso, que invocan en su apoyo el Auto de la Sala 2ª TS, de 18 de junio de 1992, que contempla un supuesto de hecho diferente del actual, pues se partía de la inicial ilicitud en la obtención de información utilizada como medio de prueba.

10. El segundo motivo del recurso versa sobre la denegación de determinadas pruebas propuestas por el recurrente y por otras partes que lo reiteran en sus alegaciones; a este respecto hay que precisar que contra la admisión o denegación de pruebas por el Tribunal de Defensa de la Competencia no cabe recurso alguno (art. 77.2 Regl. TDC), aunque sí la posibilidad de reproducir su petición en el recurso de súplica que, eventualmente, puede interponer contra la sentencia que dicte por la Sección, según establece el art. 126 del propio Reglamento que, en este particular extremo, es más generoso que la nueva LDC, cuyo art. 40.4 excluye la posibilidad de recurso en vía administrativa contra la denegación de pruebas por el Tribunal de Defensa de la Competencia.
11. La alegación contenida en los escritos de la AEB, Banco de Santander, Banco Popular, BBV y Banco Español de Crédito, sobre la no aplicabilidad del art. 85 y 86 TCEE a los hechos objeto del expediente o la no imposición de sanciones derivada de tal aplicación, aunque no es mencionada por el recurrente y, por tanto, podría estimarse como un motivo nuevo fuera del recurso y decidir el Tribunal su exclusión sin más, sin embargo, al poder afectar a una garantía fundamental (derecho a conocer la acusación, del art. 24.2 CE y 6.3.a, del Convenio de Roma de 1950, antes citado) procede hacer unas consideraciones que, sin prejuzgar la decisión que en su día adopte la Sección, aclaren la estricta observancia en el procedimiento ante este Tribunal de los principios y garantías procesales fundamentales, único extremo sobre el que resulta necesario un pronunciamiento en este momento de admisión a trámite del expediente.
12. La posibilidad de que el órgano encargado de la defensa de la competencia pueda aplicar los arts. 85.1 y 86 TCEE deriva del propio tratado (art. 88 TCEE) y de su primer Reglamento de aplicación (Regl. 17/62 de 6 de Febrero de 1962., art. 9), y así lo reconocen los intervinientes por adhesión en el recurso; dado que el expediente se tramita conforme a la vieja Ley de 1963, derogada por la Ley 16/1989, de 17 de julio, aunque continúa en



vigor para los expedientes iniciados antes de la vigencia de la nueva Ley (Disp. Trans. 3ª LDC), que no podría contemplar una situación como la ahora analizada, se debe aplicar analógicamente lo dispuesto para casos de concurrencia entre procedimientos nacionales y comunitarios por la Ley nueva (art. 44.1 LDC), que es aplazar la resolución, no la tramitación, si se acredita documentalmente que se está siguiendo procedimiento por los mismos hechos ante los órganos comunitarios, con las demás obligaciones que el propio art. 44.1 impone a la parte que alega la excepción; a estos efectos hay que aclarar que se entiende que la Comisión inicia un procedimiento de los contemplados en el Reglamento 17/62 cuando adopta un acto de autoridad, manifestando su voluntad de proceder a una decisión, en virtud de los artículos 2, 3 o 6 del Reglamento 17/62 (st. TJCE de 6 de febrero 1973, S.A. Brasseries de Haecht II/Wilkin-Jenssen, as. 48/72, #14-18), y no existe constancia alguna hasta ahora en el expediente de un acto de tal naturaleza, cuyos efectos se proyectarían, no sobre la tramitación del expediente, sino sobre su decisión definitiva.

13. La aplicación de los artículos 85 y 86 TCEE por los órganos nacionales deja de ser una posibilidad para convertirse en una obligación cuando, debido a su efecto directo, crean derechos en favor de los justiciables, que deben ser salvaguardados por los tribunales nacionales, según ha declarado reiteradamente el TJCE en sentencias, entre otras muchas, de 21 de marzo de 1974, B.R.T., as. 127/73, 30 de abril de 1974, Sacchi, as. 155/73, 10 de julio de 1980, Martín Lander, as. 37/79, 28 de febrero de 1991, Stergios Delimitis/Henninger Bräu A.G., as. C. 234/89; en derecho interno español tiene la consideración de autoridad competente para la aplicación en España de los artículos 85.1 y 86 TCEE este Tribunal de Defensa de la Competencia (R.D. 1882/1986, de 29 de agosto de 1986, art. 1º).
14. Delimitada así la posible aplicación de los repetidos preceptos del Tratado comunitario, no queda más que dilucidar si su mención por primera vez por este Tribunal, rechazada su aplicabilidad en el Servicio de Defensa de la Competencia, vulnera el derecho a ser informado de la acusación, como manifestación del derecho a la defensa y de igualdad de armas de las partes en el proceso penal (art. 24 CE y 6 CEDH); el principio acusatorio "presupone que la acusación sea previamente formulada y conocida, así como el derecho del imputado a ejercer su defensa y, consiguientemente, la posibilidad de contestar o rechazar la acusación. El proceso penal exige la necesidad de contradicción, esto es, de enfrentamiento dialéctico entre las partes, de manera que la defensa pueda conocer el hecho punible, cuya comisión se atribuye, lo que sería imposible de formularse la acusación en el momento de la emisión del fallo condenatorio, confundiéndose así acusación y condena y originándose una situación de

indefensión" (st. TC de 28 de mayo de 1992, nº 83/92, que resume una reiterada doctrina anterior recogida en las sentencias que menciona); pues bien, esta doctrina del Tribunal Constitucional sobre el art. 24CE no resulta contrariada por la circunstancia de que la posibilidad de enjuiciar los hechos, que no se modifican, desde la óptica del art. 85.1 TCEE, sea mencionada por vez primera en el procedimiento, que es de instancia única, por el Auto impugnado, que es de admisión a trámite del expediente, sin merma de las posibilidades de defensa que tienen las partes para oponerse a esta aplicación.

15. La posibilidad de aclarar conceptos oscuros o suplir omisiones de una resolución viene contemplada por el art. 50.1 del Reglamento TDC de 1965 aplicable al caso, por lo que la omisión, denunciada por los interesados, en la parte dispositiva, de que la acusación queda reducida al cargo B contenido en el Pliego de Concreción de Hechos de Infracción de 11.12.89, mencionada en los Fundamentos Jurídicos del Auto recurrido (F.J. 5.1), debe entenderse subsanada en el sentido de considerarla integrante de dicha parte dispositiva; la aclaración, solicitada por Banesto, de incluir en la parte dispositiva del Auto la declaración de no utilizables de los Folios 154-288 del expediente, resulta superflua, pues se dice así expresamente en el Auto (Parte Dispositiva, 6).

**VISTOS:** Los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación

### **RESUELVE**

1. Desestimar el recurso de súplica contra el Auto de 30 de julio de 1992, interpuesto por el Banco Central Hispanoamericano, al que se han adherido la AEB, Banco de Santander, Bilbao Vizcaya, Popular Español, Exterior y Español de Crédito, resolución que se mantiene en todos sus pronunciamientos.
2. Aclarar el mencionado Auto, en el sentido de entender incluido en su parte dispositiva que la acusación queda reducida al cargo B del Pliego de Concreción de Hechos de Infracción, formulado por el Servicio de Defensa de la Competencia, en fecha 11 de diciembre de 1989.
3. Rechazar la petición de nulidad deducida por el BBV respecto de la notificación del Auto de 30 de julio pasado.
4. Desestimar el recurso interpuesto por la AEB contra la Providencia de 14 de septiembre de 1992, por la que se consideró extemporáneo el recurso contra el Auto de 30 de julio de la Sección 1ª.

Notifíquese a las partes, haciéndoles saber que contra la presente Resolución no cabe recurso alguno, sin perjuicio de los que puedan interponerse contra la Resolución que ponga fin al procedimiento en la Sección Primera. Comuníquese al Servicio de Defensa de la Competencia.