

## **RESOLUCIÓN (Expte. r 305/98 Distribuidora Prensa Asturiana)**

### **PLENO**

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente

Berenguer Fuster, Vicepresidente

Bermejo Zofío, Vocal

Alonso Soto, Vocal

Hernández Delgado, Vocal

Rubí Navarrete, Vocal

Castañeda Boniche, Vocal

Pascual y Vicente, Vocal

En Madrid, a 28 de enero de 1999

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Bermejo Zofío, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 305/98 (1736/97 del Servicio de Defensa de la Competencia) incoado para resolver el recurso interpuesto por la Sociedad General Española de Librería S.L. contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 23 de marzo de 1998, por el que se desestimó el recurso ordinario interpuesto por la SGEL contra la resolución de la Subdirectora General sobre Conductas Restrictivas de la Competencia relativa a la aportación de documentación en un procedimiento de información reservada.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. El 28 de noviembre de 1997 tiene entrada en el Servicio un escrito de Don Juan Manuel Toribio Antuña, actuando en su propio nombre, en el que denuncia a diversas distribuidoras de prensa, entre ellas, a la Sociedad General Española de Librería S.L. (SGEL), por prácticas anticompetitivas, solicitando la apertura del correspondiente expediente.
2. El 16 de enero de 1998 la Subdirectora General sobre Conductas Restrictivas de la Competencia decreta la práctica de una información reservada, con carácter previo a la incoación del expediente, motivada por la denuncia del Sr. Antuña contra las distribuidoras a las que la providencia de la Subdirectora nominativamente cita, por prácticas consistentes en el trato discriminatorio y abusivo a los nuevos puntos de prensa y revistas periódicas. Simultáneamente solicita de la SGEL -entre otras personas- determinada información y datos.

3. El 30 de enero de 1998 la SGEL solicita ser informada de la denuncia origen de la petición.
4. El 6 de febrero de 1998 contesta la Subdirectora que si se incoa expediente se le dará copia de la denuncia, y que, a partir de ese momento, tendrá derecho, como interesado, a conocer su estado de tramitación y acceder a los documentos contenidos en el expediente.
5. El 9 de marzo de 1998 la Subdirección reitera la petición de información indicando que su incumplimiento podrá ser sancionado con multa de 50.000 a 1.000.000 de pesetas.
6. El 20 de marzo de 1998 la SGEL interpone recurso ordinario contra la Resolución anterior, sin perjuicio de aportar la documentación pedida ante la amenaza de sanción, solicitando, como medida cautelar, que no se haga uso de ella hasta que el recurso se resuelva.
7. El 23 de marzo de 1998 el Director General resuelve el recurso desestimándolo. Contra esta Resolución concede recurso ante el Tribunal.
8. El 6 de abril de 1998 la SGEL presenta el recurso ante el Tribunal, el cual es informado desfavorablemente por el Director General.
9. Es interesada en este expediente la SGEL.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1. El objeto del presente recurso es un Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 23 de marzo de 1998 por el que resolvió el recurso interpuesto por la misma recurrente -la SGEL- contra la Resolución de la Subdirectora General sobre Conductas Restrictivas de la Competencia, de fecha 9 de marzo de 1998, en la que desestimaba la petición de la SGEL de que se la diera traslado de la denuncia deducida contra ella antes de enviar la documentación que la propia Subdirectora la requería en relación con aquella denuncia.
2. En primer lugar debe examinarse la procedencia del recurso por razón del acto que se recurre, que es una resolución de un recurso ordinario. Desde que la LPA de 1958 suprimió la doble alzada, la resolución de un recurso de alzada -ahora, recurso ordinario- pone fin a la vía administrativa (Art. 109.a) Ley 30/1992) y, por tanto, el recurso debería rechazarse por

incompetencia del Tribunal, señalando como competente a la jurisdicción contenciosa.

No obstante deben hacerse algunas precisiones.

2.1. La SGEL utilizó el recurso ordinario del Art. 107 Ley 30/1992, y el Director General lo aceptó resolviéndolo, quizá por entender que al haber sido presentada la denuncia ante el Servicio el 28 de noviembre de 1997 el acto impugnado estaba sujeto al sistema de recursos de la Ley 30/1992 y no resultaba afectado por la Ley de acompañamiento 66/1997 -en vigor desde el 1 de enero de 1998- que para resolver las dudas que había suscitado la Ley 30/1992 respecto de la sustitución de la regulación de algunos extremos que realiza la LDC, entre ellos los recursos, por la disciplina que la propia Ley 30/1992 contiene, establece que "*Los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se regirán por su normativa específica y supletoriamente por la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*". (D.A. Séptima).

Partiendo de esta hipótesis, la competencia del Director General estaba bien asumida, ya que el Real Decreto 1884/1996, de 2 de agosto, de estructura orgánica básica del Ministerio de Economía y Hacienda, que reordenó las competencias de los diversos órganos de este Departamento, atribuye específicamente a la Subdirección General sobre Conductas Restrictivas de la Competencia, como competencia propia -"asume", dice el Art. 15.2.e)- las funciones que la Ley 16/1989 atribuye al "Servicio", funciones que anteriormente el Art. 15.1.h) del mismo Real Decreto había enumerado genéricamente como incluidas en la esfera de poder de la Dirección General. La competencia atribuida a la Subdirección es irrenunciable y no disponible (Art. 12 Ley 30/1992). El "Servicio", al que se refiere la LDC, ha quedado con rango de Subdirección y el Director del Servicio será ahora el Subdirector de Conductas Restrictivas de la Competencia. El Director General no tiene ya intervención en los expedientes, pudiendo únicamente revisar los actos del Subdirector, como superior jerárquico suyo, por la vía del recurso ordinario. Pero dentro de la misma hipótesis que aceptan la SGEL y el Director General, este último debió indicar que su acto ponía fin a la vía administrativa y no ofrecer al recurrente, como hizo en el pie de recurso, otro nuevo recurso ante el Tribunal. Y como un órgano administrativo no puede alterar el régimen de recursos establecido por la Ley, resultaría que la decisión del Director General, aún dictada dentro de sus competencias, no es suficiente para investir al Tribunal de una competencia de la que, por ley, carece. De acuerdo con esta interpretación habría de rechazarse el recurso en examen enviándolo a la jurisdicción contenciosa.

2.2. El Tribunal entiende sin embargo que la interpretación de la SGEL y del Director General sobre la pertinencia del recurso ordinario de la Ley 30/1992 no es la correcta porque, sin perjuicio de que sea incierta la sustitución del sistema de recursos de la LDC por el de la Ley 30/1992, la decisión de la Subdirectora de abrir el procedimiento de información reservada -procedimiento principal en el que se ha producido el incidente objeto del primer recurso- es del 16 de enero de 1998; y el acto contra el que la SGEL recurre al Director General, del 19 de marzo de 1998. Ambos actos son posteriores al 1 de enero de 1998, día en que entró en vigor la Ley 66/1997. Y de acuerdo con esta norma, al ser el sistema de recursos de la LDC incompatible con el recurso ordinario de la Ley 30/1992, debe prevalecer la LDC, siendo competente para conocer del primer recurso de la SGEL el Tribunal (Art. 47 LDC) y no el superior jerárquico de la Subdirectora de quien emanaba el acto recurrido al no existir el recurso ordinario. El Director General debió declararse incompetente y remitir el recurso al Tribunal (Art. 20.1 Ley 30/1992), que tiene una competencia propia y originaria para conocer de los recursos contra los actos del Servicio, es decir, de la Subdirección General, y que pudo haber planteado en su momento un conflicto de atribuciones al Director General (Art. 20.3 Ley 30/1992) con lo que, en definitiva, se hubiera llegado a la misma situación en que ahora se encuentra el expediente. Por ello ha decidido el Tribunal examinar el fondo del asunto y resolver la pretensión de la SGEL.

3. La cuestión de fondo, tal como la plantea la SGEL, consiste en decidir si en el procedimiento de información reservada el Servicio puede interrogar al denunciado y recabar documentación del mismo sin darle, previamente, traslado de la denuncia.

3.1. El Director General argumenta que la información reservada no perjudica al derecho de defensa de la empresa denunciada, que la información requerida no puede considerarse como un intento de forzar a la SGEL a autoincriminarse, por lo que no se ha conculcado ningún derecho fundamental de la recurrente y que la documentación remitida no puede considerarse prueba ilegalmente obtenida. Y en el Informe sobre el recurso de SGEL al Tribunal mantiene la misma postura, ratificando que la información reservada trata de proteger los intereses del denunciado, que su instrucción constituye una facultad de la Administración y que es un procedimiento secreto al que el acusado no tiene acceso.

La recurrente alega, en esencia, que el Art. 24.2 CE garantiza a todos los ciudadanos el derecho a ser informados de la acusación formulada contra ellos y a no declarar contra sí mismos, garantía que alcanza también al procedimiento de información reservada y que el Servicio viola al requerir

una información confidencial sin dar previo traslado de la acusación que motiva la petición, tratando de conseguir una prueba que más tarde podría volverse en su contra. Y que no es admisible que se diga que se están defendiendo sus intereses cuando se le conmina, mediante amenaza de multa, a que entregue una documentación cuyo alcance, respecto de la acusación, ignora.

3.2. Entiende el Tribunal que el procedimiento de información reservada a que se refiere el Art. 36.2 LDC es un procedimiento de apertura discrecional, sumario y no contradictorio, cuya finalidad es evitar la apertura de un expediente sancionador y la comparecencia en el mismo de las personas denunciadas cuando los hechos que se denuncian no vienen refrendados por algún principio de prueba que fundamente su verosimilitud; o cuando, aunque tales hechos fueran ciertos, no encontrarían encaje en los tipos de infracción de la LDC. Por la naturaleza del procedimiento, la instrucción que el mismo permite -que no está precisada en la Ley- debe ir encaminada a conseguir que el denunciante aporte todos los elementos de convicción de que disponga respecto de los hechos denunciados para sumarla a la que el Servicio tenga o pueda recabar por otros medios. Actuando así es como se protege el interés de los ciudadanos a no ser objeto de procedimientos injustificados. Pero si el Servicio, excediéndose y 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 abierto o no el expediente 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 autoinculparse.

Ciertamente el interrogatorio del acusado por la denuncia puede ser más provechoso si el interrogado no tiene pleno conocimiento de lo que pretende conseguir el interrogador. El interrogar con esta cautela ha constituido una práctica ancestral, que explicaba y recomendaba, por ejemplo, el hermano Nicolau Eimeric, dominico, en el capítulo "Cómo se interroga al acusado" de su "Manual de los Inquisidores" (Aviñón, 1376) y que el actualizador y comentarista del Manual, el doctor Francisco Peña, glosaba, en este punto, diciendo que "el interrogatorio se hará de forma que se evite sugerir al acusado qué es lo que se pretende ... , el acusado tiene que ignorar la especificidad de lo que le acusan ... sugerir al acusado el cargo para que pueda eludir las trampas del interrogatorio constituye, en materia inquisitorial, un delito grave: el inquisidor culpable de ello sufriría el castigo especialmente previsto para estos casos por el Concilio de Viena" (Roma, 1578).

Contra esta práctica han reaccionado las legislaciones protectoras de los derechos individuales, entre ellos el Art. 24.2 CE, que garantiza al acusado el derecho de no declarar contra sí mismo. Y, como uno de los medios para hacer eficaz este derecho, exige la información previa de la acusación. A la vista de la denuncia podrá el denunciado valorar cuál es el alcance de los documentos exigidos, planteándose entonces el problema -de mayor profundidad que el que debe resolverse en este recurso, limitado a decidir si el Servicio tenía o no que haber dado traslado de la denuncia a la SGEL- del ajuste entre el derecho del Servicio a recabar y obtener la información que crea necesaria y el derecho del denunciado a no declarar -o facilitar pruebas- contra sí mismo.

En suma, tiene razón la recurrente al negarse, amparándose en el Art. 24.2 CE, a facilitar la documentación que se le pide para tramitar una denuncia contra ella de la que no se le da traslado, aunque lo haya solicitado; y al haber facilitado la documentación exigida bajo la amenaza de una sanción y con la reserva de que lo hace coaccionada, el contenido de esta documentación no puede ser utilizado por el Servicio, debiéndose tener los documentos por no recibidos y ser devueltos al recurrente por violación del Art. 24.2 CE.

Por todo ello, el Tribunal

## **RESUELVE**

Estimar el recurso y declarar que la documentación entregada por la SGEL en cumplimiento del Acuerdo de la Subdirectora General sobre Conductas Restrictivas de la Competencia de fecha 16 de enero de 1998, ratificado el 9 de marzo de 1998, ha sido ilícitamente obtenida y, salvo con expresa conformidad de la SGEL, su contenido no debe ser utilizado en el expediente, debiendo ser devuelta esta documentación a la SGEL.

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