

## **RESOLUCIÓN (Expte. R 227/97. Tabacalera)**

### **Pleno**

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente

Fernández López, Vicepresidente

Bermejo Zofío, Vocal

Alonso Soto, Vicepresidente

Hernández Delgado, Vocal

Berenguer Fuster, Vocal

Rubí Navarrete, Vocal

Castañeda Boniche, Vocal

Pascual y Vicente, Vocal

En Madrid, a 4 de septiembre de 1997.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (Tribunal), con la composición expresada arriba y siendo Ponente D. Julio Pascual y Vicente, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente r 227/97 (1463 del Servicio de Defensa de la Competencia, Servicio) incoado para resolver el recurso interpuesto por Tabacalera S.A. (Tabacalera) contra el acto del Servicio mediante el cual la Subdirectora General sobre Conductas Restrictivas de la Competencia reitera petición de información solicitada anteriormente, recuerda que la falta de colaboración con el Servicio podrá ser sancionada y da un nuevo plazo de respuesta.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. El 29 de octubre de 1996 tiene entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia escrito de la Asociación Nacional de Mayoristas Distribuidores de Artículos de Fumador y Regalo mediante el que se denuncia a Tabacalera y a Unión Tabaquera de Servicios S.A. (UTS) por prácticas contrarias al art. 6 de la Ley de Defensa de la Competencia.
2. Con objeto de conocer en lo posible la realidad de los hechos, el Servicio, de conformidad con lo dispuesto en el art. 36.2 LDC, acuerda llevar a cabo una información reservada como diligencia previa a la incoación de expediente, dirigiéndose a UTS el 22 de enero y a Tabacalera el 10 de febrero de 1997, para recabar de ambas empresas ciertos datos y documentos.

3. UTS da respuesta al requerimiento del Servicio el 4 de febrero de 1997, pero Tabacalera sólo lo hace de manera incompleta el 28 de febrero de 1997, ante lo cual el Servicio dirige un escrito a esta última empresa el 11 de marzo de 1997 mediante el que se recaba de nuevo, para que sea presentada en el plazo de 10 días, lista de clientes con los que Tabacalera tiene contratada la prestación de servicios como operador logístico y fecha de celebración de los correspondientes contratos.
4. El 2 de abril de 1997 la Subdirectora General sobre Conductas Restrictivas de la Competencia dirige un nuevo escrito a Tabacalera en el que se hace constar que, habiendo transcurrido el plazo concedido en el escrito de 11 de marzo de 1997 sin haber recibido cumplida respuesta a las cuestiones planteadas en el mismo, se reitera la petición de la información solicitada, se recuerda que la falta de colaboración con el Servicio de Defensa de la Competencia podrá ser sancionada con multa de 50.000 a 1.000.000 de pesetas y se da un nuevo plazo de respuesta de 10 días.
5. El 14 de abril de 1997 Tabacalera dirige un escrito a la Dirección General de Defensa de la Competencia mediante el que se interpone recurso ordinario contra el acto del Servicio comunicado en el escrito de la Subdirectora General de 2 de abril mencionado. El recurso contiene los argumentos que seguidamente se resumen:
  - La facultad del Servicio de recabar información debe someterse a la limitación que implica el derecho de defensa de las empresas consistente en la no obligación de autoinculpación susceptible de darse cuando de la información solicitada pudieran resultar elementos de inculpación del sujeto afectado.
  - La información reservada del art. 36.2 LDC no puede consistir en recabar de Tabacalera que aporte información de la que poder deducir hipotéticas conductas prohibidas, correspondiendo al denunciante la aportación de pruebas que den base a sus afirmaciones.
  - La impugnación del acto del Servicio mediante recurso ante la Dirección General se fundamenta en que, al no proceder presentar recurso ante el Tribunal por tratarse de acto de trámite, se formula el recurso ordinario contra el acto comunicado por la Subdirectora General ante el superior jerárquico en el Servicio de Defensa de la Competencia.
6. El 29 de abril de 1997 el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia acuerda y comunica a Tabacalera la inadmisión del recurso, justificando ésta por tratarse el recurrido de un acto de trámite que no determina la imposibilidad de continuar el procedimiento ni produce indefensión. Se consignan además los siguientes argumentos:

- *La actuación del Servicio de la Competencia se ha llevado a cabo conforme a lo previsto en los artículos 32 a 34 de la Ley de Defensa de la Competencia , aplicando los poderes de investigación que se le otorgan, que el Servicio puede ejercitar antes y/o después de incoar expediente sancionador. Dichos poderes obligan a las personas naturales o jurídicas a proporcionar toda clase de datos o informaciones que se consideren necesarias para dar cumplimiento a los preceptos legales, sin que tengan que estar relacionados con un procedimiento sancionador que el recurrente da por supuesto.*

- *Sería totalmente contrario al espíritu y a la letra de la Ley ... si la presunción de inocencia y el derecho a no autoinculparse se interpretaran en el sentido de que es preciso imputar a una persona o a una empresa la comisión de una infracción para que ésta tenga la obligación de aportar información a las autoridades de defensa de la competencia...*

- *En el caso de que se incoe expediente sancionador el imputado cuenta con todas las garantías de defensa, y es a partir de ese momento cuando puede impugnar el material probatorio existente en lo actuado por el Servicio que pueda ser utilizado en su contra.*

Concluye el escrito desestimatorio del Director General indicando que contra su acuerdo cabe interponer recurso ante el Tribunal de Defensa de la Competencia.

7. El 21 de mayo de 1997 tiene entrada en el Tribunal escrito de Tabacalera mediante el que se interpone recurso contra el Acuerdo desestimatorio del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia comunicado en escrito de 29 de abril de 1997. El recurso ante el Tribunal reitera en lo sustancial las alegaciones vertidas en el anterior ante el Director General añadiendo que es rechazable el criterio del Director General según el cual solamente después de incoado el expediente sancionador puede la parte impugnar el material probatorio existente.
8. El 21 de mayo de 1997 el Tribunal remite al Servicio copia del recurso presentado por Tabacalera, que es respondido por el Servicio mediante escrito que tiene entrada en el Tribunal el 26 de mayo de 1997, en el que el Director General, tras hacer constar que Tabacalera en su escrito de recurso ante el Tribunal reproduce en esencia las mismas alegaciones expresadas en el recurso ordinario formulado ante la Dirección General y a las que se dio contestación en el escrito de inadmisión recurrido, puntualiza lo siguiente:

- *Que la solicitud de información emitida por la Subdirección General sobre Conductas Restrictivas es un acto de mero trámite, puesto que no determina la imposibilidad de continuar el procedimiento ni produce indefensión, sino más bien todo lo contrario, ya que favorece que el sujeto al que van dirigidas pueda aportar la información necesaria para esclarecer unos comportamientos supuestamente contrarios a la legislación de competencia, alejando cualquier duda sobre su correcta actuación.*

- *Que la actuación del Servicio se ha llevado a cabo conforme a lo previsto en los artículos 32 a 34 de la Ley de Defensa de la Competencia, aplicando los poderes de investigación que en ellos se le otorga y donde se recoge igualmente la obligación de toda persona física o jurídica de colaborar con el Servicio y de aportar los datos e informaciones que se requieran para la correcta aplicación de la LDC.*

- *Que sería totalmente contrario al espíritu y a la letra de la Ley si la presunción de inocencia y el derecho a no autoinculparse se interpretaran en el sentido de que es preciso imputar a una persona o a una empresa la comisión de una infracción para que ésta tenga la obligación de aportar información a las Autoridades de la Competencia.*

- *Que desde el principio de las actuaciones la postura de la Subdirección General sobre Conductas Restrictivas de la Competencia queda lejos de "deducir hipotéticas conductas prohibidas" como señala el recurrente, ya que, precisamente, lo que se ha intentado en este caso, aunque con escaso éxito, ha sido reconducir el asunto por la vía convencional para que las partes implicadas notificaran los acuerdos y solicitaran una autorización singular.*

Concluye su escrito el Director General considerando que el recurso de Tabacalera no procede " ya que el acto impugnado, además de ajustarse a Derecho, no reúne los requisitos establecidos por los artículos 47 de la Ley de Defensa de la Competencia y 107.1) de la Ley 30/1992 para ser objeto de recurso...".

9. El 2 de junio de 1997 el Pleno del Tribunal dicta Providencia para alegaciones y designa Ponente, poniendo de manifiesto el expediente al interesado, conforme a lo dispuesto en el art. 48.3 LDC, a fin de que, durante un plazo de 15 días hábiles a contar desde el siguiente al de la notificación, formule alegaciones y presente los documentos y justificaciones que estime pertinentes.

10. El 11 de junio de 1997 tiene entrada en el Tribunal escrito de Tabacalera en el que da por reproducidos los argumentos consignados en los sucesivos escritos presentados ante el Servicio y ante el propio Tribunal. Éste, reunido posteriormente en Pleno, deliberó y falló.
11. Es interesado:
  - Tabacalera S.A.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1. El artículo 47 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) establece que los actos de archivo y de trámite del Servicio que determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión serán recurribles ante el Tribunal en el plazo de diez días.

El recurso presentado por Tabacalera debe ser desestimado porque no se dan en este caso los requisitos de procedibilidad exigidos por el citado precepto. En efecto, el requerimiento de información por el Servicio en el marco de una información reservada no pone fin ni imposibilita la continuidad de ningún procedimiento administrativo, ya que constituye un mero trámite preliminar tendente a contrastar la veracidad de la denuncia para determinar si se procederá al archivo de la misma o se incoará un expediente sancionador. Y tampoco produce indefensión porque, desde un punto de vista formal, al no haberse admitido a trámite la denuncia ni haberse incoado, por tanto, un expediente sancionador, no cabe hablar de inculpación ni de lesión de los derechos de defensa; y porque, desde un punto de vista material, la finalidad del acto que se combate es precisamente la contraria, es decir, la de ofrecer al denunciado la garantía de que no se verá sometido a un procedimiento sancionador en virtud de una denuncia que no ha sido suficientemente contrastada. La construcción sistemática del art. 36 LDC da a entender sobradamente que la realización de diligencias preliminares es una actuación previa y distinta a la existencia de un expediente sancionador. (Ver, en el mismo sentido, Resolución de 23 de julio de 1997 en el Expte. r 213/97, Arquitectos Madrid). Por otra parte, no parece muy razonable sostener, como hace el recurrente, que una lista de clientes, que es la información recabada por el Servicio, pueda ser calificada de autoinculpatoria.

2. Hay que señalar, por otra parte, en cuanto se refiere al requerimiento de información hecho por el Servicio, que éste se ha limitado, por el momento,

a la realización de una actividad sumaria dirigida, como ya se ha dicho, a conocer los elementos necesarios para fundar la decisión de archivo o de incoación de expediente. En este marco, la Ley de Defensa de la Competencia permite al Servicio requerir todo tipo de información a las personas naturales o jurídicas, tanto con carácter general (art. 32.1), como en el curso de una información reservada (art. 36.2) o durante la instrucción de un expediente sancionador (art. 37.1), estableciendo además un deber específico de colaboración cuyo incumplimiento podrá ser sancionado con una multa (art. 32.2). La finalidad de estas normas es permitir al Servicio el análisis de las conductas de los operadores económicos en orden a garantizar la tutela de un bien constitucionalmente protegido como es la libre competencia (art. 38 de la Constitución).

3. Además, no es procedente la presentación de un recurso pretendidamente ordinario ante el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia contra el requerimiento de información que firmó la Subdirectora General sobre Conductas Restrictivas de la Competencia porque el escrito recurrido contiene un acto del Servicio que firma la Subdirectora haciendo uso de las atribuciones que le confiere el Real Decreto 1884/1996 de 2 de agosto (Ver, en este sentido, Resolución de 17 de diciembre de 1996, r 176/96, Prestaciones Penitenciarias). Ni es procedente la presentación, ni consecuentemente tampoco la admisión de tal recurso.
4. Tratándose esta Resolución de un acto administrativo que, aunque no es susceptible de ulterior recurso ordinario en vía administrativa, no es definitivo ya que no decide sobre el fondo del asunto ni pone término a dicha vía o imposibilita su continuación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 37 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no podrá ser impugnada, en este momento, ante la citada Jurisdicción.

**VISTOS** los preceptos legales citados y los demás de general aplicación, el Tribunal

#### **HA RESUELTO**

- 1º. Desestimar el recurso presentado ante el Tribunal por Tabacalera S.A. por falta de los requisitos de procedibilidad exigidos en el art. 47 de la Ley de Defensa de la Competencia.
- 2º. Confirmar el acto del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 29 de abril de 1997 por el que inadmitió el recurso presentado ante él por Tabacalera S.A. el día 14 del mismo mes.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese al interesado, haciéndole saber que contra la misma no cabe otro recurso que el contencioso-administrativo que, en su caso, proceda contra la Resolución del Tribunal que, en su momento, ponga fin al expediente en vía administrativa.