

RESOLUCIÓN

(Expte. R/0151/13, REPSOL)

CONSEJO

D. Joaquín García Bernaldo de Quirós, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. M^a. Jesús González López, Consejera
D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera
D. Luis Díez Martín, Consejero

En Madrid, a 12 de septiembre de 2013

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Consejero D. Julio Costas Comesaña, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/0151/13, REPSOL, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por REPSOL, S.A. (REPSOL), contra el Acto de la Dirección de Investigación de acceso al expediente de 31 de julio de 2013, en el que por error se hizo entrega a Compañía Española de Petróleos, S.A.U. (CEPSA) de determinada información de REPSOL, declarada cautelarmente confidencial, obrante en el expediente S/0474/13.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 23 de mayo de 2013, la Dirección de Investigación (DI) dictó Orden de Investigación mediante la que se ordenaba la inspección de la sede de REPSOL, S.A. en el ámbito de la información reservada tramitada bajo la referencia S/0474/13. Las actuaciones de inspección amparadas en la citada Orden se desarrollaron en la sede de REPSOL los días 27 y 28 de mayo de 2013.
2. El acuerdo de incoación de 29 de julio de 2013 precisaba que, al incorporarse al expediente la información recabada durante la investigación preliminar, se concedía a los interesados, de conformidad con el artículo 42 LDC, la posibilidad de pedir, respecto de tales documentos, la confidencialidad que estimasen conveniente, previo acceso al expediente.
3. El 31 de julio de 2013, sobre las 11.25 horas, REPSOL accedió al expediente S/0474/13 (folios 25 y 26).
4. El mismo día 31 de julio de 2013, entre las 13.39 y las 13.41 horas (folios 27 y 28) CEPSA accedió al mismo expediente (S/0474/13). El trámite de acceso al expediente concluyó entorno a las 14.25 horas (folio 55). Como consecuencia de

dicho acceso se hizo entrega a CEPSA, por error, de información de REPSOL recabada durante la inspección realizada en su sede, y declarada cautelarmente confidencial.

5. Habiendo concluido el acto de acceso al expediente por parte de CEPSA a las 14.25 horas, sobre las 14.50 el representante de CEPSA contactó telefónicamente con la DI para advertir del error antes referido, solicitándole la DI que se personara en la CNC para su devolución, lo que tuvo lugar sobre las 15.13 horas del mismo día 31 de julio (folio 55).
6. El 1 de agosto de 2013 se comunicó a REPSOL tanto el error producido en la entrega del fichero informático a CEPSA como la restitución ulterior del mismo por parte de ésta. Adicionalmente, se comunicaba a REPSOL el requerimiento formulado a CEPSA de que se abstuviera de hacer uso de la información declarada cautelarmente confidencial a la que por un error había tenido acceso, y se le recordaba el deber de secreto previsto en el art. 43.1 LDC (folios 29 a 36).
7. Con fecha 7 de agosto de 2013 se formuló por la representación de REPSOL, escrito de recurso contra el Acto de la DI de acceso al expediente de 31 de julio de 2013. El recurso fue remitido a la CNC por correo administrativo y tuvo entrada en el registro de la misma el 8 de agosto de 2013 (folios 1 a 11).
8. Con fecha 2 de septiembre de 2013 se procedió a solicitar a cada una de las empresas que accedieron al expediente S/0474/13 que hicieran llegar a la DI los DVD que les fueron entregados, con el objeto de efectuar las oportunas comprobaciones que corroboraran la corrección de las entregas, lo cual fue notificado a REPSOL. Asimismo, se trasladó también a REPSOL que la documentación entregada por error a CEPSA se correspondía con la entregada a REPSOL en la vista del expediente (folios 29 y ss).
9. Con fecha 2 de septiembre de 2013, conforme a lo indicado en el artículo 24 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (en adelante RDC), el Consejo de la CNC remitió copia del recurso a la DI, para recabar su informe junto con la correspondiente copia del expediente.
10. Con fecha 5 de septiembre de 2013, la DI emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido en el punto 6. En dicho informe la DI considera que procede inadmitir el recurso.
11. El Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 11 de septiembre de 2013.
12. Es interesada en este expediente de recurso REPSOL, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto de la presente Resolución y pretensiones de la recurrente.

Se promueve el presente recurso al amparo del artículo 47 de la LDC contra el Acto de la Dirección de Investigación de acceso al expediente de 31 de julio de 2013, en el que

por error se hizo entrega a CEPSA de determinada información de REPSOL, declarada cautelarmente confidencial, obrante en el expediente S/0474/13.

En su recurso de 7 de agosto 2013 la recurrente alega que la entrega por supuesto error de la DI de determinada información a un competidor directo ha perjudicado su posición en el procedimiento, por cuanto que CEPSA ha tenido acceso a una información que, de otro modo, no hubiera conocido y que puede beneficiarla en su estrategia de defensa. Asimismo entiende que la información facilitada a CEPSA es de carácter confidencial, habiendo de hecho solicitado su devolución razonada respecto de parte de la misma. Por ello solicita que se anule la actuación recurrida y como consecuencia de ello la instrucción practicada hasta el momento en el expediente S/0474/13, así como en el S/0484/13, al que también se extienden sus efectos, y se archiven los mismos por los graves defectos de tramitación identificados o, subsidiariamente, que se acuerde la devolución íntegra a REPSOL de la totalidad de la documentación de dichos expedientes y la prohibición de que se incorporen a cualquiera de ellos o se utilicen de cualquier forma por la DI.

REPSOL entiende asimismo que la DI tampoco ha adoptado las medidas necesarias para mitigar los riesgos de la violación ocasionada, pues no ha confirmado que su error se limitó a un solo operador y únicamente a uno de los expedientes, por lo que solicita al Consejo que la DI le certifique los documentos exactos que se han entregado a Cepsa y se exija a todos los interesados en el expediente la devolución de los DVD entregados en el acceso al mismo, con objeto de comprobar si la entrega de información confidencial se ha extendido a otras sociedades parte del expediente.

En su informe, emitido el 5 de septiembre de 2013, la DI propone la inadmisión del recurso, al no concurrir los requisitos establecidos en el artículo 47 LDC.

En concreto, la DI señala que la actuación errónea de la DI, consistente en entregar un fichero electrónico que no se correspondía con el que debía haber sido proporcionado, no constituye una resolución o acto de la DI de los recogidos en el artículo 47 de la LDC, sino una actuación material adoptada en ejecución del acto de acceso al expediente por parte de CEPSA, actuación que adolece de un error. Dicho error material se produjo precisamente cuando se ejecutaba la expresa e inequívoca voluntad de la DI vinculada a la declaración cautelar de confidencialidad de toda la documentación incorporada al expediente S/0474/13, hasta que se emitieran las correspondientes resoluciones sobre las solicitudes de confidencialidad.

Asimismo, la DI expone que, una vez conocida la equivocación producida, fueron adoptadas inmediatamente las cautelas pertinentes, requiriendo a CEPSA para que se abstuviera de hacer uso alguno de la información a la que había tenido acceso por la involuntaria confusión producida, y recordándole el deber de secreto establecido por el art. 43 LDC. Naturalmente, el error y las inmediatas cautelas adoptadas fueron comunicadas a REPSOL seguidamente.

La DI reitera que dado que CEPSA no puede hacer uso, en el expediente o en cualquier otra circunstancia, de la información a la que tuvo acceso durante un escaso lapso de tiempo, no cabe aceptar la argumentación de REPSOL, relativa al perjuicio

irreparable causado a su interés legítimo de mantener determinada información como confidencial.

En relación a la solicitud de anulación de la instrucción de los expedientes S/0474/13 y S/0484/13 y el archivo de los mismos, la DI incide en la falta de proporción de la solicitud respecto de la actuación errónea producida, así como en la falta de correspondencia entre los pretendidos efectos perjudiciales para REPSOL de la actuación errónea que se recurre y el objeto de los expedientes S/0474/13 y S/0484/13.

Finalmente, la DI aclara que las cautelas adoptadas una vez conocida la confusión producida en el acceso al expediente por parte de CEPSA ya han dado cumplimiento de forma efectiva las solicitudes que REPSOL incluye en su recurso sobre la certificación de los exactos documentos entregados por error a CEPSA y la devolución del resto de ficheros electrónicos entregados al resto de partes interesadas.

SEGUNDO.- Naturaleza de la actuación impugnada

Se recurre por parte de REPSOL la actuación de la DI consistente en haber hecho entrega a CEPSA S.A, el 31 de julio de 2013, de determinada documentación, declarada cautelarmente confidencial, de REPSOL, en el marco de la instrucción del expediente S/0474/13.

El artículo 47 de la LDC regula el recurso administrativo previsto contra las resoluciones y actos dictados por la DI, disponiendo que *"Las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días"*.

Conforme lo señalado en el artículo 47 LDC, la adopción de una decisión respecto al recurso interpuesto por REPSOL supone verificar con carácter previo si la actuación recurrida es susceptible, por su naturaleza, de ocasionar indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente, y por tanto si puede ser objeto del recurso administrativo dispuesto por la LDC contra actos dictados por la DI.

La DI reconoce en su informe sin ambages que se ha producido un evidente error en su actuación material de entrega de un fichero equivocado. La vista de REPSOL del expediente S/0474/13 fue generada a las 11:25 horas del día 31 de julio de 2013 (folios 25-26), mientras que la vista de CEPSA se generó a las 13:40 horas (folio 27-28), esto es, sólo dos horas después y de modo consecutivo, lo que contribuye a explicar el error en la entrega del fichero electrónico.

Este Consejo no tiene dudas sobre el hecho de que la actuación de la DI consistente en haber hecho entrega a CEPSA, por error, de determinada documentación, declarada cautelarmente confidencial, de REPSOL, en el marco del acceso al expediente S/0474/13, constituye una actuación material instrumental a tal acceso, y que el evidente defecto producido en tal actuación no tiene sustantividad propia para producir el efecto de invalidación o de anulabilidad de ningún acto administrativo.

No cabe predicar de la actuación errónea de la DI, consistente en entregar erróneamente un fichero en formato electrónico conteniendo una documentación diversa de la que debía haber contenido, la condición de acto administrativo susceptible de ser nulo o declarado anulable conforme a los motivos de nulidad o invalidez previstos en los artículos 62 y 63 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC).

Tal como señala la DI en su informe, el error no se ha producido en el proceso de formación de la voluntad del órgano administrativo en cuanto a la condición cautelarmente confidencial de la información relativa a REPSOL, sino en la expresión práctica de la actuación material de ejecución de tal voluntad vinculada con el acto de acceso al expediente por parte de CEPSA. De ahí que no puedan anudarse consecuencias anulatorias o invalidantes a tal actuación, sino que lo que corresponde es su rectificación, en toda la extensión posible en atención a su concreta naturaleza.

El error manifiesto producido en la entrega a CEPSA del dispositivo electrónico de almacenamiento de datos, al contrario de lo argumentado por REPSOL en su recurso, no es susceptible de producir efectos jurídicos en el procedimiento sancionador en el que se enmarca tal actuación. El deber de secreto que pesa sobre las partes del procedimiento, respecto del que CEPSA fue puntualmente apercibida por la DI, impide que CEPSA pueda hacer ninguna clase de uso respecto de la información de REPSOL a la que tuvo acceso. Conviene recordar además que ese acceso de CEPSA es meramente hipotético o potencial, en el sentido de que la información contenida en el DVD erróneamente entregado estuvo efectivamente en su posesión durante un escaso lapso de tiempo [de 14.25 a 15.13 del mismo día 31 de julio (folio 55)], pero fue restituida de forma espontánea, a la mayor inmediatez, por el representante legal de CEPSA una vez advertido el error.

Asimismo no puede obviarse que hasta la adopción de una decisión definitiva sobre el carácter confidencial de la documentación perteneciente a REPSOL que fue entregada a CEPSA el daño es igualmente hipotético o potencial ya que si finalmente la documentación fuese incorporada al expediente con carácter no confidencial CEPSA tendría acceso a la misma en su condición de interesada en el expediente, quedando sin real perjuicio la entrega anterior efectuada por error.

Precisamente por esa falta de conexión entre el error material que se produjo en el marco de la ejecución del acceso al expediente por parte de uno de los interesados y la posición de REPSOL en el expediente sancionador S/0474/13, cabe concluir que no existe afectación alguna sobre la esfera jurídica del recurrente en el seno de dicho procedimiento sancionador, lo que conduce a juzgar inviable la pretensión anulatoria e inadecuada la vía del artículo 47 de la LDC.

TERCERO.- Inadmisibilidad del recurso por ausencia de los requisitos del artículo 47 de la LDC.

En cualquier caso, y aunque este Consejo entiende que la actuación material errónea de la DI cuestionada no es, por naturaleza, un acto recurrible a la luz del artículo 47 de

la LDC, conviene señalar asimismo que tampoco concurren los elementos de indefensión o perjuicio irreparable que exige tal precepto.

En su escrito de recurso REPSOL no hace ninguna alegación relativa a la eventual producción de indefensión, más allá de la consideración que realiza sobre la posible ventaja estratégica o mejor posición relativa de CEPESA en el expediente sancionador. La inexistencia de alegación al respecto, hace innecesario que este Consejo se pronuncie, más allá de lo expresado en el Fundamento de Derecho precedente, sobre la inexistencia de indefensión.

Si bien REPSOL no expresa claramente en su recurso la existencia de un perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos concretos que resulten afectados, la recurrente invoca la concurrencia de un perjuicio, que define como no subsanable, vinculado a la actuación de la DI, que se concretaría en facilitar a un competidor directo información estratégica y altamente sensible y detallada sobre la conducta de REPSOL en el mercado, lo que facilitaría a tal competidor una ventaja en el procedimiento.

La propia REPSOL en su recurso viene tácitamente a refrendar la posición que este Consejo ha expuesto en el Fundamento de Derecho precedente. No se ha producido por la actuación errónea de la DI perjuicio irreparable alguno en los derechos o intereses legítimos de la recurrente en el expediente S/0474/13, como tampoco en el S/0484/13. Puede alegarse que la actuación defectuosa, si se dan determinadas circunstancias ulteriores, podría generar un daño patrimonial a REPSOL, que a éste corresponderá acreditar y que será susceptible de reclamación por la vía oportuna, pero no un perjuicio irreparable que pudiera ser subsanado a través de la admisión y posterior estimación del presente recurso amparado en el artículo 47 LDC. El posible perjuicio que pueda haber sufrido REPSOL en ningún caso responde a una actuación lesiva respecto de sus derechos y garantías como sujeto incoado, obedeciendo en su caso a una actuación derivada del funcionamiento de la Administración Pública cuya eventual indemnidad no podría satisfacer la vía de recurso prevista en el artículo 47 de la LDC. Dicho en otros términos, el error en la actuación material imputada a la DI no altera en modo alguno la situación jurídica de la recurrente en el procedimiento sancionador en su condición de incoada. El hipotético perjuicio sufrido y que ampara la vía de recurso prevista en el artículo 47 de la LDC debe ser de tal naturaleza que la eventual estimación del recurso (vinculada con el necesario carácter inválido del acto impugnado ex artículos 62 o 63 de la LRJ-PAC) consiga remover o subsanar. En definitiva, la vía de impugnación del artículo 47 de la LDC no constituye el cauce procedimental adecuado para resolver sobre la hipotética existencia de perjuicios derivados del funcionamiento normal o anormal de la Administración Pública, lo que obliga a rechazar de plano la pretensión de la recurrente.

En todo caso, esa actuación errónea de la DI terminó de desplegar esos eventuales efectos una vez el archivo en formato electrónico fue oportunamente devuelto, y la DI ha adoptado todas las cautelas y ha desarrollado toda la actividad exigible para revertir los posibles efectos de tal actuación inadvertida y equivocada.

Además, según lo ya señalado en anterior Fundamento de Derecho, el pronunciamiento del órgano instructor sobre el carácter o no confidencial de la

información relativa a REPSOL (y erróneamente entregada a CEPSA) no ha sido todavía adoptado. Una hipotética resolución denegatoria de dicha confidencialidad supondría la incorporación de dicha información al expediente, al que podrían acceder el resto de interesados, lo que denotaría ex post la ausencia de perjuicio. En esta fase, pues, al margen de lo ya señalado respecto del carácter indebido de la vía escogida por REPSOL para denunciar el error cometido, el perjuicio alegado es meramente hipotético.

REPSOL cita como argumento en favor de su posición la sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de junio de 1986, en el asunto 53/85 Akzo Chemie BV c. Comisión, en la que el Tribunal anula una decisión de la Comisión en la que notificaba a un tercero información sobre una empresa, antes de haber comunicado tal extremo a la empresa interesada, impidiendo por tanto hacer uso de los recursos disponibles para evitar la ejecución de tal decisión. No obstante, la sentencia citada no puede ser utilizada en este caso para fundamentar la posición de REPSOL. Y ello no sólo por la diferencia entre ambos supuestos que la propia recurrente señala, vinculada al hecho de que el acto de la Comisión respondió a una decisión conscientemente adoptada y la actuación de la DI ahora recurrida responde a un evidente error inconsistente con su decisión de declarar cautelarmente confidencial toda la documentación del expediente en cuestión. Además de tal diferencia, en este caso lo relevante no fue la entrega de la documentación, de carácter confidencial o no, a un tercero, sino que la empresa afectada se vio incorrectamente imposibilitada de hacer uso de las vías de recurso predispuestas para defender su posición. En el caso que nos ocupa, el carácter material de la actuación errónea impide trasladar las consecuencias que en materia de recursos corresponden respecto de un acto administrativo, y por tanto de una declaración de voluntad, que en este caso falta, de la Administración actuante.

En todo caso, resulta oportuno precisar que la propia aplicación de la doctrina expuesta por el Tribunal de Justicia de la UE en la citada sentencia de 24 de junio de 1986 que esgrime la empresa recurrente impide alcanzar las pretensiones solicitadas por REPSOL en su recurso relativas a la anulación de la instrucción practicada hasta el momento en el expediente S/0474/13, así como en el S/0484/13 (al que REPSOL considera que se extienden los efectos del error en la entrega de la documentación) y al archivo de ambos expedientes por los graves defectos de tramitación identificados. Tampoco podrían aceptarse las pretensiones subsidiarias consistentes en la devolución íntegra a REPSOL de la totalidad de la documentación de dichos expedientes y la prohibición de que se incorporen a cualquiera de ellos o se utilicen de cualquier forma por la DI. En la citada sentencia de 24 de junio de 1986, el Tribunal de Justicia se limitó a anular la decisión de la Comisión de 18 de diciembre de 1984, por la que se comunicaron a un tercero documentos de carácter confidencial, sin extender dicha anulación en forma alguna a la instrucción del expediente de origen en los términos ahora solicitados por REPSOL. A pesar de anular la decisión de confidencialidad de la Comisión en los términos expresados, el Tribunal de Justicia no consideró que dicha vulneración de los derechos al secreto comercial de AZKO Chemie tuviese mayor incidencia en la investigación principal, que ya había sido resuelta por la Comisión Europea en su Decisión 85/609, de 14 de diciembre de 1985, imponiendo a la

recurrente una de las mayores multas contra una empresa individual por abuso de posición de dominio en el mercado. Es más, el Tribunal de Justicia, al resolver el recurso de la empresa interesada frente a dicha decisión sancionadora de la Comisión en lo relativo a la conducta prohibida, (Sentencia TJ de 3 de julio de 1991, en el asunto C-62/86) tampoco extrajo (ni siquiera procedió a evaluar) las consecuencias alegadas actualmente por REPSOL, sino que confirmó la decisión de multa en sus términos fundamentales, sin que la anulación de la decisión de la Comisión en lo relativo a la comunicación de documentación a un tercero tuviera, por tanto, efecto alguno en el procedimiento principal.

CUARTO.- Otras consideraciones

REPSOL extiende su pretensión principal relativa a que se anule la actuación errónea de la DI y como consecuencia de ello la instrucción del expediente S/0474/13, al expediente S/0484/13. Justifica REPSOL su pretensión en el argumento de que *“ambos [expedientes] derivan de la misma Inspección y ambos se soportan en los mismos documentos (los copiados en la Inspección)”*. Al no admitirse la pretensión principal de REPSOL no resulta necesario analizar los motivos por los que tal solicitud de extensión de la anulación del expediente en cuyo ámbito se produjo la actuación errónea a otro expediente distinto debe ser rechazada. No obstante, la DI aclara en su informe que no existe relación alguna entre ambos expedientes que pudiera justificar tal extensión, al tratarse de expedientes en los que se enjuician conductas de distinta naturaleza, afectando a empresas parcialmente diversas y a los cuales no se ha incorporado los mismos documentos a pesar de haber sido recabados en las mismas inspecciones.

En relación con la solicitud de íntegra devolución a REPSOL de la totalidad de los documentos que forman parte del expediente S/0474/13 (así como del S/0484/13), este Consejo la considera no sólo desproporcionada, sino carente de conexión con la actuación de la DI que se recurre. La documentación obtenida en la inspección realizada en la sede de REPSOL los días 27 y 28 de mayo de 2013, con amparo en una Orden de Investigación de 23 de mayo de 2013, ha sido incorporada al expediente conforme al acuerdo de incoación de 29 de julio de 2013. Corresponde a las partes, entre ellas REPSOL, la solicitud de declaración de confidencialidad de la documentación que estimen oportuna, conforme a lo previsto en el artículo 42 de la LDC. Y la decisión que la DI adopte será recurrible, en su caso, ante este Consejo. Pero la reversión de los posibles efectos derivados de la actuación errónea de la DI en la entrega del fichero electrónico equivocado no puede vincularse en modo alguno a la devolución a REPSOL de la totalidad de los documentos que forman parte del expediente cuando éstos pueden finalmente ser declarados no confidenciales y, en consecuencia, accesibles por cualesquiera interesados en el procedimiento.

Finalmente, las solicitudes de REPSOL respecto de la certificación de los exactos documentos entregados por error a CEPSA y la devolución de los ficheros electrónicos entregados al resto de partes interesadas han sido ya cumplimentadas por la DI, tal y como se notificó a la recurrente con fecha de 2 de septiembre de 2013 (folios 19 y ss).

En definitiva, este Consejo considera que bajo ninguna perspectiva puede apreciarse que la actuación de la DI en la que se fundamenta el presente recurso reúna los

requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC, por lo que el Consejo entiende que el recurso examinado en la presente resolución debe ser inadmitido, por carecer la actuación impugnada de potencial para producir indefensión o perjuicio alguno en el sentido previsto en el artículo 47 de la LDC.

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

HA RESUELTO

ÚNICO.- Inadmitir el recurso interpuesto por REPSOL, S.A., contra el Acto de la Dirección de Investigación de acceso al expediente de 31 de julio de 2013, en el que por error se hizo entrega a Compañía Española de Petróleos, S.A.U. de determinada información de REPSOL declarada cautelarmente confidencial obrante en el expediente S/0474/13.

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