



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

Expte. R/0161/13, SBS

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

SECRETARIO

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 7 de febrero de 2014

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/0161/13, SBS, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por SNAP-ON BUSINESS SOLUTIONS, S.L (SBS) contra el acuerdo de 3 de diciembre de 2013 de la Dirección de Competencia (DC) por el que se denegaba la confidencialidad de determinada documentación recabada en la inspección realizada en la sede de SBS, en el marco del Expediente S/0482/13, Fabricantes de Automóviles.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La Dirección de Investigación (DI) de la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC), a la vista de determinada información relacionada con posibles conductas anticompetitivas en el mercado de la distribución de vehículos de motor en España, inició una información reservada tendente a determinar la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación de expediente sancionador. En el marco de dicha información reservada se realizaron distintas inspecciones, entre ellas las de 23 y 24 de julio de 2013 en la sede de SBS, en la cual se recabó determinada información en formato electrónico.

2. Posteriormente la DI, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y observando indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por la LDC, acordó la incoación del expediente sancionador S/0482/13, Fabricantes de Automóviles, contra SBS así como contra distintas empresas fabricantes y distribuidoras de vehículos de motor, por *"posibles prácticas anticompetitivas consistentes en acuerdos para el intercambio de información comercialmente sensible y estratégica entre empresas fabricantes y distribuidoras de vehículos de motor en España"*.
3. Por Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, se determinó el 7 de octubre de 2013 como fecha de puesta en funcionamiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), en la cual se integran las actividades y funciones de la CNC, en virtud de lo previsto en la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC). Asimismo, tal y como se establece en el artículo 19 del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la CNMC, la Dirección de Competencia (en adelante DC) es el órgano encargado de las funciones de instrucción de expedientes, investigación, estudio y preparación de informes de la CNMC en materia de procedimientos de defensa de la competencia, de conductas restrictivas de la competencia y de control de concentraciones regulados en la LDC.
4. El 20 de noviembre de 2013 la DC notificó a SBS el acuerdo por el que se le informaba de la incorporación al expediente sancionador S/0482/13, Fabricantes de Automóviles, de determinada información electrónica recabada en la inspección realizada en la sede de la citada entidad los días 23 y 24 de julio de 2013, concediéndole un plazo de diez días para que justificara, en su caso, el carácter confidencial de dicha documentación.
5. Así, con fecha 27 de noviembre de 2013, SBS solicitó, entre otras cuestiones la confidencialidad del documento nº 8 incluido en el Anexo II del escrito de 20 de noviembre de 2013 de la DC, aportando la correspondiente versión censurada.
6. El 3 de diciembre de 2013, la DC acordó declarar no confidencial el documento citado en el antecedente anterior *"al tratarse de un documento prácticamente idéntico y con el mismo tipo de información que el documento adjunto al correo electrónico 293 del Anexo I de 19 de noviembre de 2009 en el que consta que fue remitido al resto de incoados en el expediente de referencia y para el que, por otro lado, SNAP-ON no ha solicitado su confidencialidad"*
7. El 5 de diciembre de 2013 tuvo entrada en la CNMC recurso interpuesto por SBS de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC, contra el Acuerdo de la DC de 3 de diciembre de 2013 por el que se denegaba la confidencialidad de la documentación citada en el antecedente de hecho quinto, en el marco del expediente S/0482/13.
8. Con fecha 9 de diciembre de 2013, y conforme a lo indicado en el artículo 24.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia (en adelante, RDC), aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, el Consejo de la CNMC solicitó a la DC antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto.

9. El 13 de diciembre de 2013, la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso interpuesto por SBS, en el cual propone la desestimación del recurso por no reunir los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC.
10. Con fecha 8 de enero de 2014 se admitió a trámite el recurso de SBS, concediéndole un plazo de 15 días para que, previo acceso al expediente, pudiera formular alegaciones.
11. El 22 de enero de 2014 SBS presentó escrito de alegaciones adicionales a su escrito de recurso.
12. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 6 de febrero de 2014.
13. Es interesada en este expediente de recurso SNAP-ON BUSINESS SOLUTIONS, S.L (SBS).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habilitación competencial

De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, la puesta en funcionamiento de la misma se iniciará a la fecha que al efecto se determine por orden del Ministro de Economía y Competitividad. Mediante Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, se determinó el 7 de octubre de 2013 como fecha de puesta en funcionamiento de la CNMC. Según la disposición adicional segunda de la misma Ley, *“las referencias que la legislación vigente contiene a la Comisión Nacional de la Competencia [...] se entenderán realizadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [...]”* y *“las referencias que la Ley 15/2007, de 3 de julio, contiene a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia se entenderán realizadas a las Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”*.

El artículo 47 LDC prevé 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”*.

En consecuencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013 y el artículo 14.1.a) del RD 657/2013, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la CNMC, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

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



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Se promueve el presente recurso al amparo del artículo 47 de la LDC contra el Acuerdo de 3 de diciembre de 2013 de la DC por el que se denegaba la confidencialidad de un documento recabado en formato electrónico en la inspección domiciliaria realizada en la sede de SBS e incorporado al expediente sancionador S/0482/13, Fabricantes de Automóviles.

En su recurso, la recurrente solicita al Consejo de la CNMC que estime el mismo y se proceda a la anulación parcial del Acuerdo de la DC de 3 de diciembre de 2013, en lo que se refiere a la denegación de la confidencialidad del documento n° 8 incluido en el Anexo II del escrito de 20 de noviembre de 2013, así como a acordarse la incorporación al expediente sancionador S/0482/13, Fabricantes de Automóviles, de la versión censurada del mismo.

Los motivos alegados por la recurrente en su recurso se refieren básicamente a la diferencia existente entre el documento controvertido, borrador interno de carácter preparatorio elaborado por SBS pero finalmente desechado y no remitido a los destinatarios previstos, y el documento que finalmente se remitió a las empresas incoadas, esto es, el documento adjunto al correo electrónico 293 del Anexo 1 de 19 de noviembre de 2009, puesto que SBS considera que el objeto perseguido por ambos es sustancialmente distinto. Así, considera la recurrente que es indiferente que ambos documentos sean idénticos en la mayoría del clausulado, pues difieren en lo fundamental, y además dado que el documento finalmente enviado se encuentra incorporado en el expediente S/0482/13, SBS subraya que el derecho a la defensa de las demás partes incoadas no se verá afectado por la confidencialidad solicitada sobre el documento n° 8.

En su informe, emitido el 13 de diciembre de 2013, la DC propone la desestimación del recurso interpuesto el 5 de diciembre de 2013, por no haberse producido indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de la empresa recurrente.

SBS, en su escrito de alegaciones de 22 de enero de 2014, se limita a reiterar los razonamientos expuestos en su recurso de 5 de diciembre de 2013, afirmando que sus argumentos no han quedado desvirtuados por el informe de la DC de 13 de diciembre de 2013. Asimismo, insiste en que el ámbito de los servicios de secretaría prestados por su parte a las empresas incoadas no se corresponde con el descrito en el borrador interno de SBS ni con el del documento que finalmente se remitió a las empresas incoadas, que nunca llegó a ser aceptado por éstas. Finalmente, en estas alegaciones de 22 de enero de 2014, la recurrente considera que la información para la que se solicita la declaración de confidencialidad no es necesaria para fijar los hechos objeto del expediente sancionador.

TERCERO.- Sobre la declaración de no confidencialidad de determinados documentos.

Conforme al artículo 42 LDC, *“En cualquier momento del procedimiento se podrá ordenar, de oficio o a instancia de parte, que se mantengan secretos los datos o documentos que consideren confidenciales”*.

La LDC posibilita, pues, que las partes en un procedimiento puedan instar la confidencialidad de determinados documentos obrantes en el mismo. Ahora bien, ello

no constituye un principio absoluto, sino que viene matizado por las circunstancias de cada caso, como ha señalado en reiteradas ocasiones el Consejo de la antigua CNC (entre otras, la Resolución del Consejo de 7 de febrero de 2013 en el expediente R/0121/12, MADERAS JOSE SAIZ o la de 18 de abril de 2013 en el expediente R/0135/13, SERRADORA BOIX). Esto es, se requiere que el solicitante de la confidencialidad justifique que tales documentos se encuentran “sujetos y afectos a materias protegidas por el secreto comercial o industrial”. Así se establece en el párrafo 22 de la Comunicación de la Comisión relativo a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE (en adelante, La Comunicación): *“Las razones por las que se reivindica que la información es un secreto comercial u otra suerte de información confidencial deberán justificarse”*.

Asimismo, ello debe realizarse ponderando otros principios adicionales, igualmente tutelables aunque contradictorios, como son el derecho de defensa de quienes son imputados en el procedimiento y el de no producir indefensión al órgano que debe resolver la materia sujeta a expediente o a terceros interesados.

En consecuencia, la declaración de confidencialidad no es un derecho del recurrente, sino una decisión resultado de valorar los distintos principios en juego, atendiendo a las circunstancias de cada concreto caso y formulada siempre motivadamente.

Para evaluar si procede la declaración de confidencialidad de los documentos obrantes en un procedimiento sancionador, es necesario llevar a cabo un triple análisis, tal y como se señaló en múltiples casos por el Consejo de la extinta CNC (a título de ejemplo, en las Resoluciones del Consejo de 7 de febrero de 2013 en los expedientes R/0120/12 AGLOLAK y R/0121/12 MADERAS JOSE SAINZ o en la de 18 de abril de 2013 en el expediente R/0135/13, SERRADORA BOIX). Este triple examen consiste en determinar, en primer lugar, si se trata efectivamente de secretos comerciales; en segundo lugar, si tratándose de secretos comerciales en su origen, estos han tenido difusión entre terceros, perdiendo en esa medida la calificación de secreto comercial; y, en tercer lugar, si se trata de secretos comerciales que no han sido difundidos a terceros, pero son necesarios para fijar los hechos objeto del procedimiento así como para garantizar el derecho de defensa a los imputados.

A la vista de lo anteriormente expuesto este Consejo estima, en coincidencia con el informe de la DC, que los datos contenidos en la documentación recabada no deben gozar de la protección que otorga el art. 42 LDC. Y ello por las razones que se expondrán a continuación.

En primer lugar porque si bien es cierto que SBS remitió a la DC el 27 de noviembre de 2013 escrito en el que solicitaba la confidencialidad del documento nº 8 incluido en el Anexo II del escrito de 20 de noviembre de 2013, recabado en la inspección realizada en la sede de la recurrente, no es menos cierto que dicha solicitud está exenta de justificación alguna, limitándose a aportar una versión censurada del documento conflictivo y a mencionar que el mismo se trata de un documento confidencial “por

tratarse de un borrador comercialmente sensible que nunca se llegó a remitir a terceros". Parece claro que la simple referencia al secreto comercial no es suficiente para demostrar la existencia del mismo y se antoja necesario motivar adecuadamente el carácter confidencial de los documentos para los que se solicita dicho tratamiento. Es esa petición de confidencialidad, motivada y justificada, la que posteriormente habrá de valorarse bajo los principios, igualmente protegibles a la par que contradictorios, de tutela de intereses propios y derecho de defensa y el de no producir indefensión a las otras partes interesadas en el expediente. Sin embargo, considera este Consejo que en el caso actual ni siquiera ha lugar dicha valoración dada la inexistencia de toda justificación para la petición de confidencialidad alegada.

La obligación de justificar el motivo por el que tales documentos están afectos a materias protegidas por el secreto comercial es un criterio expresado por el Consejo de la extinta CNC y confirmado por la Audiencia Nacional en su sentencia de 2 de diciembre de 2011, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a la Resolución de la CNC de 17 de noviembre de 2010, dictada en el expediente R/0054/10 BBR. En dicha sentencia la AN recuerda que: *«El concepto "confidencial" es un concepto jurídico indeterminado por lo que hay que atender a las circunstancias del caso concreto para determinar si una información tiene o no ese carácter»* y establece que *«Por tanto para que una información pueda calificarse de secreto comercial, se tiene que tratar de una información cuya divulgación pueda causarle un perjuicio grave»*. Sin embargo, en los distintos escritos aportados al presente procedimiento (solicitud inicial de confidencialidad, recurso interpuesto y escrito de alegaciones) la recurrente no ha razonado en forma alguna cuál es el perjuicio grave que la divulgación de la información conflictiva podría ocasionarle y que justificaría el nivel reforzado de protección que confiere la confidencialidad requerida. Ante esta ausencia, no ya de prueba sino de simple argumentación por parte de la recurrente, ni la DC en su informe, ni este Consejo en la presente resolución pueden considerar que exista secreto comercial alguno en la información controvertida, cuando su justificación se limita a la mera presentación de la versión censurada del documento conflictivo bajo la simple afirmación de su carácter confidencial al tratarse de un borrador comercialmente sensible que nunca se llegó a remitir a terceros.

Puesto que, como hemos visto, la motivación que la recurrente esgrime, tanto en su escrito de 27 de noviembre de 2013 como en su recurso de 5 de diciembre de 2013, para justificar la confidencialidad del documento conflictivo es casi nula, se antoja innecesario analizar la información controvertida conforme al triple examen descrito anteriormente. Además, y teniendo en cuenta que ni la DC ni este Consejo, una vez examinada ésta, concluyen que nos encontremos efectivamente ante un secreto comercial de la recurrente, el resto de análisis resultaría superfluo.

Por todo ello, este Consejo coincide plenamente con la valoración de la DC, entendiendo que la información controvertida no entra dentro del ámbito de protección que otorga el artículo 42 LDC.

Por último, se recuerda que la información contenida en el expediente sancionador, aún la declarada no confidencial, sólo es accesible a los interesados en dicho expediente, por lo que el hecho de que no declarar la confidencialidad pretendida por SBS no significa que estos datos se hagan públicos, ya que siguen sometidos al deber de secreto establecido en el artículo 43 de la LDC.

CUARTO.- Sobre los requisitos del artículo 47 de la LDC.

Conforme lo señalado en el artículo 47 LDC, la adopción de una decisión respecto al recurso interpuesto por SBS supone verificar si el Acuerdo recurrido ha ocasionado indefensión o perjuicio irreparable al recurrente, lo que conllevaría la estimación del recurso o, si no ha producido indefensión ni perjuicio irreparable, su desestimación.

Sin embargo, debe destacarse de nuevo la manifiesta falta de fundamentación sobre ambas cuestiones expresada por SBS en sus sucesivos escritos de recurso y alegaciones. Esta ausencia de motivación, pues la recurrente no sólo es que no argumente la posible existencia de indefensión o perjuicio irreparable es que ni siquiera lo cita, debe conducir a su desestimación sin necesidad de analizar la controversia de fondo.

Como ha afirmado la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2013 *«la vía a través de la cual es posible la impugnación "anticipada" de las resoluciones y actos dictados por la Dirección de Investigación es precisamente, en la nueva Ley 15/2007 (RCL 2007, 1302), de Defensa de la Competencia, la establecida en su artículo 47.1, esto es, el recurso (interno) frente a unas y otros ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia. Pero no se trata de una vía que abra la posibilidad a cualquier impugnación y por cualquier motivo sino exclusivamente la de aquellos actos o resoluciones a los que se impute haber causado indefensión o provocar "perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos"»*.

A pesar de que no se diga expresamente en el artículo 47 de la LDC, aunque si implícitamente al aludir a los motivos en que puede fundarse el recurso contra actos de la DC, es evidente que el ejercicio de la acción impugnatoria exige un mínimo de rigor argumentativo, de suerte que el órgano competente para resolver conozca no solo el acto que se recurre sino también los concretos motivos en que el recurrente funda su pretensión.

En el presente caso, la recurrente se limita a afirmar la confidencialidad de la cláusula primera del documento conflictivo debido a su diferenciación con la cláusula primera del documento finalmente remitido a las incoadas alegando razones obvias que no explica, sin que este Consejo conozca los concretos motivos por los que se efectúa dicha aseveración.

Aun así, un análisis de ambos requisitos conduce a la misma conclusión. En referencia al requisito de la indefensión podemos remitirnos a la doctrina del Tribunal Constitucional reiteradamente expuesta por el Consejo de la CNC, entre otras muchas,

en su Resolución de 24 de abril de 2013 (Expte. R/0133/13, T.M.E. LLAMADAS MÓVILES) en las que se declara que *"la indefensión supone una limitación de los medios de defensa producida por la indebida actuación de los órganos correspondientes"*, por lo que debe estimarse que la indefensión a la que se refiere el artículo 24.1 CE es sólo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa y que, siguiendo también la jurisprudencia Constitucional, *"no se da indefensión cuando ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos"* (STC 71/1984, 64/1986).

Analizando las circunstancias del caso resulta evidente que la no declaración de confidencialidad del documento conflictivo no supone la imputación de cargo alguno a la recurrente frente a la cual no tenga posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos, por lo que hemos de concluir que se trata de un acto que, per se, no puede producir tal indefensión.

No obstante, el hecho de que SBS haya podido recurrir el Acuerdo de la DC de fecha 3 de diciembre de 2013 pone de manifiesto que esta CNMC no ha tenido, en ningún momento, intención alguna de limitar su derecho de defensa.

A la vista de lo expuesto, no resulta posible apreciar que el Acuerdo de la DC de 3 de diciembre de 2013 por el que se deniega la confidencialidad del documento nº 8 incluido en el Anexo II del escrito de 20 de noviembre de 2013, en el marco del expediente S/0482/13, ocasione indefensión a SBS.

En cuanto al segundo de los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC para que pueda prosperar el recurso, esto es, la existencia de un perjuicio irreparable, cabe recordar que el Tribunal Constitucional entiende por perjuicio irreparable *"aquél que provoque que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración"* (ATC 79/2009, de 9 de marzo de 2009).

SBS no sólo no justifica el perjuicio económico que le podría causar la divulgación del documento controvertido entre las partes del expediente, como afirma la DC, sino que no justifica ningún perjuicio irreparable, sea o no económico.

De este modo, y como ya citamos en el fundamento jurídico anterior, la Audiencia Nacional, en su sentencia de 2 de diciembre de 2011, señaló igualmente que *"para que una información pueda calificarse de secreto comercial, se tiene que tratar de una información cuya divulgación pueda causarle un perjuicio grave"*. Por tanto corresponde a la recurrente acreditar que la divulgación de la información controvertida puede causarle dicho grave perjuicio.

Como se ha advertido, ni en su escrito de recurso de 5 de diciembre de 2013 ni en sus alegaciones posteriores de 22 de enero de 2014, SBS especifica ni justifica la existencia de perjuicio por lo que tampoco puede este Consejo estimar el recurso de SBS.

Cabría añadir también que no existe peligro de divulgación de la mencionada información porque ésta no puede ser conocida por terceros ajenos al expediente, y

además, sobre los interesados en este expediente pesa el deber de secreto a que hace referencia el artículo 43 de la LDC.

De este modo, bajo ninguna perspectiva puede apreciarse el hecho de que la actuación administrativa de la DC en la que se fundamenta el presente recurso haya causado indefensión ni perjuicio irreparable a los derechos de SBS

Por ello, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 LDC, este Consejo entiende que el recurso examinado en la presente resolución debe ser desestimado.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo en Sala de Competencia,

HA RESUELTO

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por SBS, contra el Acuerdo de la DC de 3 de diciembre de 2013 por el que se denegaba la confidencialidad del documento nº 8 incluido en el Anexo II del escrito de 20 de noviembre de 2013, en el marco del expediente S/0482/13, en la medida en que el acuerdo recurrido en ningún caso produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de la empresa, no reuniendo, por tanto, los requisitos establecidos en el artículo 47 de la LDC.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese al recurrente, 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 el día siguiente al de su notificación.