



COMISIÓN NACIONAL DE LOS  
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

## **RESOLUCIÓN**

**(Expte. R/AJ/0307/14 BODEGAS JOSÉ ESTÉVEZ, S.A.)**

## **SALA DE COMPETENCIA**

### **PRESIDENTE**

D. José María Marín Quemada

### **CONSEJEROS**

D<sup>a</sup>. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

D<sup>a</sup>. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

### **SECRETARIO**

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 23 de octubre de 2014

El Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, actuando en Sala de Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/AJ/0307/14, BODEGAS JOSÉ ESTÉVEZ. S.A, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por JOSÉ ESTÉVEZ, S.A (ESTÉVEZ) contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de fecha 7 de agosto de 2014, de denegación de confidencialidad.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. Con fecha 7 de agosto de 2014, la Dirección de Competencia dictó acuerdo por el que se deniega la confidencialidad de la información contenida en los folios 2471 a 2489, 6091 a 6093 y 8241 procedente del expediente S/0091/08 e incorporada al expediente S/DC/0517/14 BODEGAS JOSÉ ESTÉVEZ.
2. El 1 de septiembre de 2014 tuvo entrada en el registro de la CNMC recurso interpuesto por ESTÉVEZ, contra el referido acuerdo de 7 de agosto de 2014, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC.
3. Con fecha 3 de septiembre de 2014, 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, se solicitó a la DC antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto.

4. El 9 de septiembre de 2014, la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso interpuesto por ESTÉVEZ en el que propone su desestimación por no reunir los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC.
5. Con fecha 25 de septiembre de 2014 se admitió a trámite el recurso de JOSÉ ESTÉVEZ, S.A., concediendo un plazo de 15 días para que, previo acceso al expediente, pudiera formular alegaciones. Dicho acuerdo fue notificado al recurrente el 26 de septiembre de 2014.
6. Con fecha 16 de octubre de 2014 tuvo entrada en el registro de la CNC escrito de alegaciones de la recurrente, presentado en oficina de Correos el 14 de octubre.
7. La Sala de Competencia deliberó y falló el asunto en su reunión de 23 de octubre de 2014.
8. Es interesado en este expediente de recurso JOSÉ ESTÉVEZ, S. A.

## 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 de la 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.

## **SEGUNDO.- Objeto de la presente Resolución y pretensiones del recurrente**

Se promueve el presente recurso al amparo del artículo 47 de la LDC contra el acuerdo de la DC de 7 de agosto de 2014, de denegación de la confidencialidad respecto de determinados documentos referidos a la estructura funcional de la empresa y a su estructura de propiedad y de control (folios 2471 y 2472), así como información relativa a datos de producción y exportación de ESTÉVEZ (folios 2473 a 2489), datos de variación de los precios de venta al mayor por cliente aplicados por dicha empresa entre los años 2000 a 2008 (folios 6091 a 6093) y al volumen de ventas de la empresa ente los años 2001 a 2008 (folio 8241).

El recurrente solicita al Consejo de la CNMC que estime el recurso y se proceda a la anulación del acuerdo de la DC de 7 de agosto de 2014 y se declare la confidencialidad de tales documentos.

El recurrente señala que la información contenida en dichos documentos es especialmente sensible, refiriéndose a datos internos y secretos de la compañía, comerciales, organizativos y/o económicos. Además alega que estos mismos datos fueron declarados confidenciales en el ámbito del expediente S/0091/08, que la empresa no dispone de iguales datos de la competencia y que el conocimiento por ésta de dichos datos puede comportar la puesta de manifiesto de estrategias empresariales y evolución comercial y financiera. Añade que el argumento del tiempo transcurrido no desvirtúa todo lo anterior y que no se acredita el carácter público de la estructura funcional de la empresa. Por último, indica que ante las eventuales dudas que pudieran surgir sobre el carácter confidencial o no de la información, se debe ceder a favor del eventual perjudicado por la publicidad de la información y declararla confidencial.

La DC en su informe de 9 de septiembre de 2014, propone la desestimación del recurso en la medida en que el acuerdo recurrido en ningún caso produce indefensión o perjuicio irreparable a los derechos o intereses legítimos de la empresa, no reuniendo los requisitos establecidos por el artículo 47 LDC.

ESTÉVEZ en su escrito de alegaciones reitera las consideraciones efectuadas en su escrito de recurso.

## **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 permite 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 extinta CNC y también la Sala

de Competencia de la CMMC (por todas, Resolución de 2 de abril de 2014 recaída en el expte. *R/DC/0009/14, EUROPAC*). 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*”.

Asimismo, ello debe realizarse ponderando otros principios adicionales, igualmente tutelables aunque contradictorios, como el derecho de defensa de quienes son imputados en el procedimiento y el de publicidad y transparencia de las actuaciones de la Comisión, en particular respecto de terceros interesados en el propio procedimiento sancionador.

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 de forma motivada.

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 ha señalado este Consejo en diferentes Resoluciones (a título de ejemplo, Resolución de 7 de febrero de 2014 recaída en el expte. *R/0161/13 SBS*). Este triple análisis consiste en determinar en primer lugar, si se trata efectivamente de secretos comerciales; en segundo lugar, si tratándose de secretos comerciales en su origen, éstos han tenido difusión entre terceros, perdiendo en esa medida la calificación de secreto comerciales; 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 de los imputados.

A la vista de información controvertida, esta Sala coincide con el informe presentado por la DC en que los datos contenidos en la documentación recabada no deben gozar de la protección que otorga el artículo 42 de la LDC, bien por tratarse de información que actualmente es de carácter público que no revela datos que puedan considerarse secretos comerciales de la empresa cuya información pudiera suponerle un perjuicio (folios 2471 y 2472), bien porque se trata de información que ha perdido el carácter de confidencial por su antigüedad superior a cinco años (folios 2473 a 2489, 6091 a 6093 y 8241).

La recurrente alega que el argumento del tiempo transcurrido no desvirtúa ni es fundamento suficiente para rebatir el carácter confidencial de la documentación controvertida. Cabe señalar a este respecto que la presunción del carácter no confidencial de los documentos con antigüedad mayor a cinco años ha sido establecida en numerosas ocasiones por esta Autoridad de competencia, sobre la base de lo establecido en la Comunicación de la Comisión Europea relativa a las normas de acceso al expediente, en la que se establece en su apartado 23 que, por regla general, se presume que pierde el carácter confidencial toda información con una antigüedad superior a cinco años:

*“La información que haya perdido su importancia comercial por ejemplo debido al paso del tiempo, ya no podrá considerarse confidencial. Por regla general, la Comisión presume que la información referente al volumen de negocios de las partes y a las ventas, los datos sobre cuotas de mercado y las informaciones similares que tengan más de cinco años han dejado de ser confidenciales”.*

Este mismo criterio, ha sido establecido en numerosas resoluciones del Consejo de la extinta Comisión Nacional de la Competencia (entre otras, Resolución del Consejo de la CNC de 16 de septiembre de 2011, expte. R/0077/11, ENVEL; Resolución de 7 de febrero de 2013, expte. R/120/12, AGLOLAK).

Por tanto, el transcurso del tiempo trae consigo el que determinada información que, en un primer momento, pudiera considerarse confidencial, deje de serlo ya que, por su antigüedad, no corresponde a la situación actual de la empresa, que se encuentra en constante adaptación a las circunstancias económicas y comerciales del mercado.

De acuerdo con lo anterior, la alegación debe ser rechazada.

Con respecto a la alegación de la recurrente de que no se acredita el carácter público de su estructura funcional, cabe señalar que dicha información es accesible a través de bases de datos de empresas disponibles en el mercado.

Sobre este particular, la Comunicación de la Comisión Europea relativa a las normas de acceso al expediente en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, en su apartado 14 dispone que:

*“[...] en principio la Comisión considera que la siguiente información no está cubierta normalmente por la obligación de secreto profesional: la información públicamente accesible, incluso cuando sólo fuera mediante pago a servicios informatizados especializados o cuando su conocimiento sea generalizado entre especialistas del ámbito”*

Con base en lo anterior, la DC valoró correctamente que dicha información no constituía secreto comercial cuya divulgación pudiera causar un perjuicio económico, por ser información pública y fácilmente accesible a través de servicios informatizados especializados.

En relación a la alegación de BODEGAS ESTÉVEZ de que la información debe ser declarada confidencial, porque eventualmente alguno de sus competidores pueden ser declarados interesados en el expediente, la misma debe ser rechazada.

Esta alegación realizada de manera genérica, cautelar y preventiva sobre la base de una potencial condición de interesado a terceros competidores, ajemos al expediente S/DC/0517/14, no puede ser atendida, máxime teniendo en cuenta que el citado expediente se ha incoado únicamente contra ESTÉVEZ por su participación en un cártel de reparto de mercado y fijación de precios en el sector del vino fino de Jerez,

anteriormente sancionado por la Resolución del Consejo de la CNC de 28 de julio de 2010 (expte. S/0091/08), y tras el fallo contenido en la sentencia dictada por la Audiencia Nacional declarando, en relación a ESTÉVEZ, la caducidad del procedimiento y el carácter no prescrito de la infracción.

En todo caso, como bien señala la Dirección de Competencia, dicha condición de interesado deberá ser valorada cuando sea solicitada por las partes conforme al artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, pero no por el propio recurrente con carácter preventivo para justificar el carácter confidencial de la información.

Por todo ello, coincidiendo plenamente con la valoración de la DC, esta Sala estima que la información controvertida no entra dentro del ámbito de protección que otorga el artículo 42 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 supone verificar si el acuerdo recurrido ha ocasionado a ESTÉVEZ indefensión o perjuicio irreparable, lo que conllevaría la estimación del recurso.

La posible existencia de indefensión no ha sido alegada por la recurrente ni en su recurso de 26 de agosto de 2014 ni en sus alegaciones de 10 de octubre por lo que no resulta necesario analizar su posible concurrencia. En cualquier caso, la no declaración de confidencialidad de los documentos discutidos no ha supuesto la imputación de cargo alguno a la recurrente frente a la cual no haya tenido 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. El hecho de que ESTÉVEZ haya podido recurrir tanto el acuerdo de la DC de 7 de agosto de 2014 como efectuar alegaciones al informe de la DC de 9 de septiembre pone de manifiesto que la actuación administrativa no ha causado ni podido causar ningún género de indefensión a la recurrente.

En cuanto al segundo de los requisitos exigidos por el art. 47 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 "*aquel 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)

ESTEVEZ no sólo no justifica el perjuicio económico que le podría causar la denegación de confidencialidad, sino que no justifica ningún perjuicio irreparable, sea o no económico.

Únicamente se limita a señalar que se trata de datos que fueron en su día y en sede del expediente S/0091/08 declarados confidenciales, que la mercantil no dispone ni



está en situación de disponer de iguales datos de la competencia y que el cruce de datos o de información puede comportar la puesta de manifiesto de estrategias empresariales y evolución comercial y financiera presente, pasada o futura, que no deben ser de libre acceso a la competencia

Tal y como ha señalado la Audiencia Nacional, en su sentencia de 2 de diciembre de 2011, *“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.

Por todo lo expuesto, bajo ninguna perspectiva puede apreciarse 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 ESTÉVEZ.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia,

#### **HA RESUELTO**

**ÚNICO.-** Desestimar el recurso interpuesto por JOSÉ ESTÉVEZ ,S.A. contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de 7 de agosto de 2014, por el que se denegaba la confidencialidad de determinados documentos procedentes del expediente S/0091/08 incorporados al expediente S/DC/0517/14 BODEGAS JOSÉ ESTÉVEZ, 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.