



COMISIÓN NACIONAL DE LOS  
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

## **RESOLUCIÓN**

**(Expte. R/AJ/054/15 MOLINS)**

## **CONSEJO. 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 21 de mayo de 2015

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición ut supra, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/AJ/054/15, MOLINS, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por CEMENTOS MOLINS INDUSTRIAL, S.A, contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de la CNMC de 4 de marzo de 2015.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. Con fecha 22 de diciembre de 2014, la Dirección de Competencia ( en adelante DC) acordó la incoación de expediente sancionador contra CEMENTOS MOLINS INDUSTRIAL, S.A, (MOLINS) entre otros, por posibles conductas anticompetitivas contrarias al artículo 1 de la Ley de Defensa de Competencia, consistente en intercambios de información y posibles acuerdos de fijación de precios y otras condiciones comerciales y un posible reparto de mercado, en los mercados del cemento, hormigón y productos relacionados.
2. Con fecha 28 de enero de 2015, tuvo entrada en la CNMC escrito de MOLINS solicitando la confidencialidad de determinados documentos recabados en formato

- papel y electrónico en la inspección domiciliaria realizada en su sede social los días 16 y 17 de septiembre de 2014.
3. Con fecha 4 de marzo de 2015 el instructor del expediente S/DC/0525/14 dictó acuerdo en el que deniega parcialmente la solicitud de confidencialidad presentada por MOLINS.
  4. Con fecha 17 de marzo de 2015 tuvo entrada en la CNMC escrito de recurso de MOLINS contra el Acuerdo de 4 de marzo de 2015, al amparo del artículo 47 de la LDC.
  5. Con fecha 20 de marzo de 2015, conforme a lo indicado en el artículo 24.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia, el Consejo de la CNMC solicitó a la DC antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto.
  6. Con fecha 25 de marzo de 2015, la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido en el punto 4. En dicho informe la DC considera que procede desestimar el recurso interpuesto.
  7. Con fecha 10 de abril de 2015, el Consejo de la CNMC, en Sala de Competencia, acordó admitir a trámite el recurso, concediéndole un plazo de 15 días a MOLINS, para que previo acceso al expediente, pudiera formular alegaciones.
  8. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y fallo el asunto en su reunión de 21 de mayo de 2015.
  9. Es interesado en este expediente de recurso: CEMENTOS MOLINS INDUSTRIAL, S.A. (MOLINS)

## 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 en 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 del Consejo de la CNMC.

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

Se promueve el presente recurso al amparo del artículo 47 de la Ley 15/2007 contra el acuerdo de la DC de 4 de marzo de 2015, por el que se deniega la confidencialidad de determinada documentación solicitada por MOLINS, en el marco del expediente S/DC/0525/14 CEMENTOS.

El artículo 47 de la Ley 15/2007 regula el recurso contencioso administrativo contra las resoluciones y actos de la DC 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”*.

En su recurso MOLINS solicita al Consejo de la CNMC que declare la confidencialidad de la información contenida en los folios: 602 a 696; 1076 a 1107 y 1109 a 1112; junto con los folios 1116 a 1126, manteniendo adicionalmente toda aquella que la DC declaró confidencial en su Acuerdo objeto de recurso.

El recurrente presenta para cada uno de los documentos anteriores los siguientes motivos para solicitar su confidencialidad:

- Folios 602 a 696: MOLINS alega que dentro de los mencionados documentos existe una serie de información que siendo de naturaleza confidencial, no resulta relevante, ni mucho menos necesaria para el derecho de defensa de CEMEX, y de la que no se justifica en forma alguna su divulgación aunque sólo tenga acceso a ella la citada empresa. En este sentido señala que existen una serie de direcciones de correo electrónico que son de carácter personal y con las que ningún empleado o responsable de CEMEX ha mantenido contacto alguno, así como diversos correos internos de MOLINS no remitidos a CEMEX y que constituyen información estratégica interna y particularmente sensible de MOLINS.
- Folios: 1076 a 1107 y 1109 a 1112: la recurrente alega que a pesar de que la información contenida en los mismos sea de los años 2008 y 2009, esta sigue revistiendo un carácter confidencial dado que muchos de los clientes, siguen siéndolo a día de hoy. La divulgación de estos datos, a los que los diversos competidores tendrían acceso supondría un serio perjuicio para MOLINS. Por otra parte, MOLINS tiene un deber de confidencialidad de todos los datos relativos a sus clientes.

- Folios 1116 a 1126: MOLINS considera que debe considerarse confidencial adicionalmente a lo acordado, la columna nº 4, denominada “POBLACIÓN” puesto que en muchas poblaciones existe un único cliente y sería sencillo deducir la identidad conociendo el nombre concreto de la población.

En su informe de 25 de marzo de 2015, la DC propone la desestimación del recurso.

La DC argumenta que los datos que contienen los folios objeto de recurso contienen información relevante y necesaria para la instrucción del expediente pues o bien apuntan a relaciones entre competidores y que se refieren a hechos que podrían sustentar la imputación de prácticas restrictivas de la competencia, por lo que resulta necesaria para el adecuado ejercicio del derecho de defensa por parte de las distintas empresas interesadas en el expediente o se trata de información que por su antigüedad han perdido su relevancia comercial y por lo tanto su revelación al resto de interesados en el expediente, no supondría un serio perjuicio para MOLINS.

### **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, sin que ello constituya un principio absoluto, matizándose por las circunstancias de cada caso. Así lo ha señalado en reiteradas ocasiones este Consejo (por todas, Resolución de 2 de abril de 2014, 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”*. Así se establece en el párrafo 22 de la Comunicación de la Comisión relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE: *“Las razones por las que se reivindica que la información es un secreto comercial u otra suerte de información confidencial deberán justificarse”*.

Asimismo, deben ponderarse otros principios adicionales, igualmente tutelables aunque contrapuestos, como son los derechos de defensa de quienes son imputados en el procedimiento.

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 caso concreto y formulada siempre motivadamente.

Del mismo modo, para realizar una evaluación sobre la confidencialidad o no de unos concretos documentos en el marco de un procedimiento sancionador, es preciso llevar

a cabo un triple examen, tal y como la CNC ha señalado en Resoluciones anteriores (por todas y citando otros precedentes, la Resolución de 19 de septiembre de 2013, Expte. R/0146/13 LANTERO CARTÓN): en primer lugar, determinar 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 la información controvertida, esta Sala de Competencia 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 art. 42 LDC.

Analizado el contenido de los folios 602 a 696, esta Sala considera que en los mismos no sólo se hace referencia a la operación de concentración, correspondiente al expediente C/0517/13 CEMENTOS MOLINS/ CEMEZ-ACTIVOS- autorizada en primera fase por el Consejo de la CNC, sino que también se encuentra información concerniente a la denominada “Hoja de ruta” cuyo objeto fundamental es el siguiente: i) denuncia de los contratos de alquiler por parte de la sociedad PROMSA (filial de MOLINS) de sus plantas de hormigón en Cariñena y Castellón con objeto de dismantelar las instalaciones de su propiedad y abandonar dichas ubicaciones: ii) venta de las plantas operativas de hormigón que PROMSA tiene en Torreo y Manises “a la sociedad que CEMEX determine en el momento que hayan transcurrido seis meses desde la fecha de cierre”, iii) venta de las acciones que PROMSA posee en la sociedad PROMSA-HGF DE ARAGÓN, S.L a la compañía que determine CEMEX. Información por tanto, necesaria, proporcionada y directamente relacionada con el objeto de la investigación.

Respecto a las direcciones de correo electrónico, estas direcciones no se usaron con fines personales, sino con el fin de llevar adelante la negociación con CEMEX y así evitar el uso de los correos electrónicos oficiales y de trabajo, tal y como queda acreditado en el folio 641, por lo tanto la alegación debe ser rechazada.

Con respecto a la información contenida en los Folios: 1076 a 1107 y 1109 a 1112 correspondiente a unas tablas entre cuyas columnas figura el término “Empresa”, que corresponde a los clientes y en otras columnas figuran tanto la recurrente como otras empresas activas en el sector: se trata de información de más de cinco años de antigüedad, (2008 y 2009) tal y como reconoce MOLINS. La presunción del carácter no confidencial de los documentos con antigüedad mayor a cinco años ha sido establecida en numerosas ocasiones por la CNMC (entre otras Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC de 23 de octubre de 2014, Expte. RAJ 0307/14 Bodegas José Estévez S.A.), sobre la base de los establecido en la Comunicación de la Comisión Europea relativa a las normas de acceso al expediente, en la que se establece (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”.*

Esta consideración, como señala la DC, también rige para los datos de clientes, tal y como ha reiterado en varias ocasiones la Autoridad de competencia (entre otras, Resolución de la CNC de 7 de febrero de 2013 R/0121/12 Maderas Jose Sáiz y de 22 de abril de 2013 R/0130/13 Palets Joan Martorell).

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

Por último, en relación a los folios 1116 a 1126, estos folios contienen un listado interno de clientes de MOLINS. En el acuerdo recurrido la DC declaró la confidencialidad de las identidades de los clientes, en la medida en que pudiera considerarse información comercial sensible, considerándose confidenciales las columnas “Grupo” y “Empresa Molins”. Coincide esta Sala con la DC que es suficiente la consideración de estas dos columnas como confidenciales para mantener la confidencialidad de los clientes.

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 a lo señalado en el artículo 47 de la LDC, la adopción de una decisión respecto al recurso interpuesto por MOLINS supone verificar si el Acuerdo de la DC de 4 de marzo de 2015, ha ocasionado indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente, lo que conllevaría la estimación del recurso.

La posible existencia de indefensión no ha sido alegada por MOLINS en su recurso de 17 de marzo de 2015 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 MOLINS haya podido recurrir tanto el acuerdo de la DC de 4 de marzo de 2015 como efectuar alegaciones al informe de la DC de 25 de marzo pone de manifiesto que la actuación administrativa no ha causado ni podido causar ningún género de indefensión a la recurrente.

A la vista de lo expuesto, no resulta posible apreciar que el Acuerdo de la DC de 4 de marzo de 2015, por el que se deniega la confidencialidad de determinados documentos, ocasione indefensión a MOLINS.

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)

MOLINS 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 de un lado, que la divulgación de los correos internos contenidos en los folios 602, 605, 606, 607, 608, 612, 615, 633, 634, 637, 641, 642, 644, 645, 646, 647, 649, 650, 651, 652, 653, 654, 656, 659, 675, 676, 683, 686, 687, 688, 691 y 694, podrían provocarle importantes perjuicios en el caso de ser revelados y que por lo tanto deben ser considerados secretos comerciales; y de otro, que la divulgación de los datos que figuran en los folios 1076 a 1107 y 1109 a 1112, supondrían un serio perjuicio para MOLINS, sin facilitar ninguna explicación sobre el grave peligro.

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

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 MOLINS.

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

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

## HA RESUELTO

**ÚNICO.-** Desestimar el recurso interpuesto por MOLINS contra el acuerdo de la DC de 4 de marzo de 2015, por el que se deniega la confidencialidad de ciertos datos, en el marco del expediente S/DC/0525/14, en la medida en que el acuerdo recurrido en ningún caso produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de 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.