

RESOLUCIÓN

(Expediente, Recurso 0020/09, Vinos de Jerez)

CONSEJO

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero
D. Miguel Cuerdo Mir, Consejero
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Consejera
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. M^a. Jesús González López, Consejera
D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 22 mayo de 2009

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia (CNC), con la composición expresada al margen y siendo Consejera Ponente D^a. Pilar Sánchez Núñez, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/0020/09, Vinos de Jerez, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por la representación de GONZALEZ BYAS, S.A., de conformidad con el artículo 47 de la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC), contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de la CNC de fecha 20 de abril de 2009, por el que se decide no mantener confidencial determinada información.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. En el marco de la instrucción de un expediente sancionador ha tenido lugar la solicitud de un operador para acogerse al programa de clemencia. En el expediente figuran, entre otros actos, una serie de declaraciones realizadas por dos personas físicas que pertenecen a la empresa y que aportan cierta información sobre el caso. El 14 de abril de 2009 la empresa solicitó a la Dirección de Investigación que se mantuvieran confidenciales ciertos documentos, así como la identidad de las dos personas que habían realizado declaraciones sobre el caso.

SEGUNDO.- La Dirección de Investigación resolvió mediante Acuerdo de la Dirección de Investigación sobre la solicitud de confidencialidad el día 20 de abril de 2008, declarando confidenciales parte de los documentos, y no confidenciales los datos que desvelaban la identidad de las personas físicas que hicieron sendas declaraciones en el marco de lo dispuesto en el artículo 66 de la LDC y 49 y

siguientes del Reglamento de Defensa de la Competencia (RD261/08 de 22 de febrero, en adelante RDC), así como la asistencia de una de ellas a una reunión.

TERCERO.- Con fecha de 27 de abril de 2009 tuvo entrada en el registro de la CNC escrito de la representación de GONZALEZ BYAS, S.A., en el que se formula recurso contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de la CNC de 20 de abril de 2009, por el que se decide no mantener el trato confidencial a determinada información confidencial suministrada en el seno de una solicitud de clemencia. En dicho recurso se solicita:

- 1) La anulación parcial del Acuerdo de la Dirección de Investigación de 20 de abril de 2009.
- 2) La declaración de confidencialidad de los datos incluidos en las declaraciones que pudieran desvelar la identidad de los declarantes.

CUARTO.- Una copia del citado recurso fue remitida por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia el día 30 de abril de 2009 a la Dirección de Investigación, 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, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), para su informe y remisión de copia del expediente. El citado Informe fue remitido al Consejo el 8 de mayo de 2009 conforme a lo ordenado en el artículo 24 del RDC

QUINTO.- A la vista de la interposición de este recurso y teniendo en cuenta el estado procedimental en el que se encuentra el expediente y la garantía en todo momento del derecho de defensa de los interesados, la Dirección de Investigación ha procedido a suspender el plazo máximo de resolución del procedimiento haciendo uso de la potestad prevista en el artículo 37.1.d) de la LDC, a la espera de que el Consejo de la CNC se pronuncie sobre este recurso.

SEXTO.- El Consejo de la CNC en su reunión de 20 de mayo de 2009 ha examinado y fallado la siguiente Resolución.

SÉPTIMO.- Es parte interesada GONZALEZ BYAS, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Objeto del recurso y competencia para resolver

La presente Resolución tiene por objeto resolver sobre el recurso presentado ante el Consejo contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de fecha 20 de abril de 2009, por el que se decide no mantener el trato de confidencial a determinada información suministrada en el seno de una solicitud de clemencia.

De acuerdo con el artículo 47 de la Ley 15/ 2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia, el órgano competente para resolver el presente recurso es el Consejo de la CNC:

“Las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a los derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días”.

SEGUNDO.- Pretensiones del recurrente

Como se ha expresado en anterior Antecedente de hecho, el recurrente solicitó la declaración de confidencialidad de los datos incluidos en las declaraciones que pudieran desvelar la identidad de los declarantes. Para ello fundamenta su pretensión anulatoria de la actuación de la Dirección de Investigación en base a las siguientes alegaciones:

1. Que la Dirección de Investigación tiene el deber de preservar el anonimato de la persona que aporte información sensible en el marco de un expediente sancionador si así lo solicita el interesado.
2. Que preservar la identidad del informador no interfiere en el cumplimiento por parte de la Dirección de Investigación de su obligación de poner a disposición de las partes implicadas la totalidad de los documentos incluidos en el pliego de concreción de hechos (en adelante, PCH).

TERCERO.- Improcedente impugnación de una petición de confidencialidad que no ha sido efectuada por la recurrente ni resuelta por la Dirección de Investigación.

En primer lugar hay que significar que en el escrito de recurso ante el Consejo se dice que una de las solicitudes de tratamiento de confidencialidad no atendidas por la Dirección de Investigación en el acuerdo recurrido se refiere a ciertos datos que desvelan la asistencia a una reunión determinada de una de las personas que han prestado declaración.

Sin embargo, la Dirección de Investigación en el Informe de fecha 8 de mayo de 2009, elaborado con ocasión de la presentación de este recurso, revela que el acuerdo recurrido no contiene pronunciamiento alguno al respecto ya que en la solicitud presentada por la empresa el 14 de abril de 2009 no existe petición alguna relativa a tal extremo, y en efecto así se deduce del contenido del escrito.

Por tanto, no habiendo solicitado la empresa a la Dirección de Investigación la declaración de confidencialidad de la mención relativa a la asistencia a una reunión ni, en consecuencia, existiendo pronunciamiento sobre tal cuestión, difícilmente se puede admitir su disconformidad a derecho ya que, como resulta evidente, al no haber sido efectuado no puede incurrir en vulneración alguna del ordenamiento jurídico ni, por lo tanto, ocasionar la indefensión o perjuicios de difícil reparación a que hace referencia el artículo 47 LDC.

CUARTO.- Las garantías propias de todo procedimiento sancionador impiden que la Dirección de Investigación pueda preservar el anonimato solicitado.

Comenzando por la primera de las alegaciones deducidas en el escrito de recurso, esto es, la referente al deber que según la empresa recurrente tiene la Dirección de Investigación de preservar el anonimato de la persona que aporte información sensible en el marco de un expediente sancionador si así lo solicita el interesado, entiende este Consejo que la misma no puede en modo alguno prosperar, basándose tal afirmación en la valoración de los argumentos que a continuación se exponen.

Por su parte, la Dirección de Investigación valora que las declaraciones efectuadas por los directivos de la empresa solicitante del programa de clemencia se realizaron en el ámbito de la solicitud de dicho programa y, por tanto, deben recibir el tratamiento singularizado para dichas declaraciones, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 51 del RDC. Y prosigue su argumentación señalando que en ningún caso cabe entender que dichas declaraciones han sido realizadas por informantes anónimos, como pretende al recurrente, ni que la identidad de los declarantes pueda considerarse secreto comercial, pues es público que dichas personas son directivos de la empresa.

El Consejo comparte el criterio de la Dirección de Investigación respecto a que no resulta jurídicamente admisible la pretendida equiparación entre la figura del informante anónimo, que es un simple instrumento de puesta en conocimiento de un órgano administrativo con potestad sancionadora de la existencia de unos hechos presuntamente constitutivos de una infracción administrativa y que no adquiere por el hecho de informar la condición de interesado, con la del solicitante de clemencia, cuyo reconocimiento de participación en un cártel implica que las declaraciones que por él se efectúen al respecto puedan ser consideradas como un elemento probatorio no solo de su intervención, sino también de la de terceros. Basándonos en esta apreciación, prosigue la argumentación de la Dirección de Investigación, es evidente que su identidad tiene que ser conocida por el resto de interesados en el procedimiento sancionador que se incoe ya que dichas declaraciones pueden ser consideradas pruebas de cargo contra ellos.

También la jurisprudencia comunitaria reconoce la diferente naturaleza jurídica de ambas figuras, entendiendo que las consecuencias derivadas de las declaraciones efectuadas por una y otra son manifiestamente distintas. En efecto, en los

pronunciamientos emitidos sobre la materia, destacando por todos los contenidos en la Sentencia del TPI de 18 de junio de 2008, asunto T-410/03, Hoechst vs. Comisión Europea y en la Sentencia del TJCE de 25 de enero de 2007, asuntos acumulados C-403/04 P y C-405/04 P, Sumitomo Metal Industries Ltd, a.o. vs. Comisión Europea, se parte de la base de que la identidad del solicitante de clemencia es conocida en atención al especial valor probatorio que tiene quien realiza dichas declaraciones, haciéndose referencia expresa al acceso que se ha tenido a las declaraciones por él efectuadas.

Por lo tanto, toda consideración efectuada en el escrito de recurso que parta de esta equiparación no puede, en modo alguno, ser tomada en consideración como criterio a través del cual enjuiciar la legalidad del Acuerdo de la Dirección de Investigación con el que GONZALEZ BYAS, S.A., no se encuentra conforme, puesto que tal identificación no resulta posible.

Es más, aun cuando a efectos meramente dialécticos pudiera entenderse que, como señala la recurrente, las declaraciones objeto de la presente controversia hubieran sido realizadas por informantes anónimos, la consecuencia jurídica que de tal circunstancia se derivaría no sería en modo alguno la pretendida por aquélla, es decir, el mantenimiento de la confidencialidad sobre su identidad. Efectivamente, la figura del informante anónimo solo puede reconducirse en nuestro ordenamiento jurídico a la del denunciante anónimo, quién tampoco puede preservar su anonimato ya que, según el artículo 28 del RDC, la identidad del denunciante debe ser conocida desde la incoación del expediente sancionador, al tener que identificarse en el acuerdo de incoación de que se da traslado a los denunciados.

Por lo tanto, debe incidirse nuevamente en una aseveración efectuada al comenzar el presente fundamento, como es que la naturaleza de las declaraciones de confidencialidad aquí examinadas se encuentra necesariamente ligada a que las mismas se han realizado en el ámbito de una solicitud de clemencia y, por tanto, el tratamiento de dicha información ha de ajustarse a lo dispuesto con carácter específico para dichas declaraciones en el artículo 51 del RDC. De ninguna manera se puede admitir que la identidad de estos declarantes carezca de relevancia cuando los datos aportados en sus declaraciones, precisamente por provenir de una persona que reconoce no solo su intervención en los hechos sino que también inculpa a terceros, tienen una incidencia directa en la concreción de los hechos fijados en el PCH y en la determinación de la responsabilidad administrativa que de tales hechos puede derivarse.

Por todo ello, la identidad de estos declarantes constituye un dato cuyo conocimiento es necesario para un adecuado ejercicio del derecho a la defensa que el artículo 135 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común reconoce a todo presunto infractor y de ahí la no procedencia de estimar su confidencialidad a partir de determinado momento procedimental.

El segundo argumento esgrimido por la recurrente es que el hecho de preservar la identidad del informador no interfiere en el cumplimiento por parte de la Dirección de Investigación de su obligación de poner a disposición de las partes implicadas la totalidad de los documentos incluidos en el pliego de concreción de hechos (en adelante, PCH).

Discrepa el consejo de esta valoración, pues el Tribunal Constitucional ha venido señalando de forma constante que el derecho a un procedimiento administrativo sancionador con todas las garantías, a un procedimiento equitativo con pleno respeto a los derechos de defensa, acoge, del elenco de derechos del artículo 24 de la Constitución, el derecho a ser oído en el procedimiento, del derecho de audiencia y a una audiencia adornada por los principios de contradicción y bilateralidad, el derecho a alegar y probar, a exponer las alegaciones que contribuyan a su defensa, a proponer y practicar las pruebas convenientes, a conocer los cargos y a contradecirlos, actuando la prohibición de indefensión como una cláusula de cierre del sistema de garantías, que evita que, en la praxis administrativa, se deje sin reparar cualquier lesión a los derechos mínimos de defensa, observados en el procedimiento, funcionalmente, de modo global.

Evidentemente, uno de los derechos que asisten al presunto infractor es el de conocer los hechos que se le imputan, puesto que en tales hechos, que constituyen el elemento objetivo del tipo infractor, tiene su origen la responsabilidad administrativa por la que se le puede sancionar. Esta exigencia debe necesariamente extenderse, en casos como el que nos ocupa, no solo a dichos hechos sino también a las personas que confirman su existencia, ya que su declaración, precisamente por haber reconocido su participación y la de otros presuntos responsables en los mismos, puede gozar de una especial eficacia probatoria y, por lo tanto, exigen un adecuado conocimiento por aquéllos a quienes afectan, de suerte que puedan emplear todos los medios de prueba necesarios para, en su caso, poder contradecirlos y demostrar la inexistencia de la responsabilidad administrativa que se les pretende imputar.

En su informe al presente recurso, la Dirección de Investigación considera que *“en todo caso, la naturaleza de estas declaraciones viene determinada porque éstas se han realizado en el ámbito de una solicitud de clemencia y, por tanto, el tratamiento de dicha información ha de ajustarse a lo dispuesto con carácter específico para dichas declaraciones en el artículo 51 del RDC. No cabe, en ningún supuesto, considerar que la identidad de estos declarantes no tiene incidencia de cara a la contestación del PCH, en cuanto que los datos aportados en sus declaraciones tiene especial relevancia precisamente por las personas físicas que realizan dichas declaraciones, en cuanto que dan noticia de informaciones recibidas o aportadas en primera persona e inciden directamente en la determinación de los hechos que se van a señalar en el PCH y en las posibles responsabilidades en torno a la comisión de una infracción tipificada en la legislación de defensa de la competencia. Por todo ello, deben ser conocidos por los incoados en el expediente sancionador para contestar el PCH.*

Como ya se ha indicado, la credibilidad de dichos datos procede, en gran medida, de las personas que realizan dichas declaraciones, en cuanto que reconocen su participación en los hechos descritos e informan de la participación de otros interesados en este procedimiento.

Por tanto, la identidad de estos declarantes así como el dato concreto relativo a la participación de uno de ellos a una determinada reunión son elementos necesarios para contestar el PCH y de ahí la no procedencia de estimar su confidencialidad. “

El Consejo comparte los criterios anteriormente expuestos por la Dirección de Investigación por los que la identidad del solicitante de clemencia debe ser conocida por los interesados en el procedimiento, y no solo por el contenido de sus declaraciones, sino porque dichas declaraciones gozan, en principio, de especial credibilidad por provenir de una persona que ha intervenido directamente en los mismos y que reconoce que tales constituyen una conducta prohibida por la LDC. Consecuencia directa de esta apreciación es que la negativa a la revelación de la identidad disminuiría las posibilidades de defensa que, frente a tales declaraciones, tiene reconocida constitucionalmente el presunto infractor.

Por ello, la afirmación que se efectúa en el recurso sobre que *“la obligación que corresponde a la Administración de facilitar a las partes implicadas en un procedimiento sancionador los datos y documentos sobre los que se basará la acusación- con el propósito de que éstas puedan hacer valer su legítimo derecho a la defensa-no afecta a la obligación de no desvelar la fuente que ha facilitado dicha información”*, obviando el hecho de que parte de la errónea concepción de los solicitantes como simples informantes, no solo carece de apoyo normativo sobre el que sustentarse y de encaje dentro de las garantías propias de un procedimiento administrativo sancionador sino que, además, entra en manifiesta contradicción con los principios del artículo 24 de la Constitución, los cuales constituyen núcleo irreductible en este tipo de procedimientos (SSTC 18/1981, 77/1983 y 29/1989).

Zanjado el debate sobre la necesidad de dar a conocer a los presuntos infractores la identidad de los solicitantes de clemencia, procede, en segundo término, pronunciarse sobre el momento en el que, con arreglo a la normativa reguladora de la materia, dicha puesta en conocimiento debe tener lugar.

QUINTO.- El conocimiento de la identidad del informador debe tener lugar una vez aprobado el PCH

Respecto al tratamiento que se ha de dar a las solicitudes de clemencia, la legislación reguladora de la materia y, en concreto, la Ley y el Reglamento de Defensa de la Competencia, exige distinguir entre dos momentos temporales que dependen de la fase de tramitación en que se encuentre el expediente en cuestión: un momento inicial, con ocasión de la presentación de la solicitud de clemencia y

otro posterior, coincidente con el trámite en que, por disposición de la ley, debe darse a conocer al presunto infractor los hechos por los que se incoa el procedimiento sancionador en cuestión.

Por lo que se refiere al primero, es decir, al que se inicia con la presentación de la solicitud de clemencia, el artículo 51.1 del RDC, bajo la rúbrica “Tratamiento de las solicitudes de exención y reducción”, establece que la CNC *“tratará como confidencial el hecho mismo de la presentación de una solicitud de exención o de reducción del importe de la multa, y formará pieza separada especial con todos los datos o documentos de la solicitud que considere de carácter confidencial, incluida, en todo caso, la identidad del solicitante”*.

Del tener literal del precepto en cuestión se deduce con claridad que el RDC otorga, en esta fase inicial, una especial protección a las solicitudes de clemencia que se extiende tanto a la identidad del solicitante como a la información aportada en la solicitud, así como el hecho mismo de la presentación de tal solicitud, sin que a dicha información tengan acceso los interesados en el procedimiento.

En el presente caso, mediante acuerdo de 17 de octubre de 2008, la instructora del expediente declaró confidenciales, al amparo de los artículo 42 de la LDC y del artículo 51 del RDC, determinados documentos de los presentados en el marco del expediente de referencia por GONZALEZ BYAS, S.A., formando con ellos pieza separada de confidencialidad que estaba integrada por la solicitud presentada y la documentación que le acompañaba para proteger el hecho mismo de la presentación de la solicitud y, en todo caso, la identidad del solicitante.

En cuanto al segundo momento, que tiene lugar una vez presentada la solicitud, resulta de aplicación lo dispuesto por el artículo 51.2 del RDC, que establece que *“De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, los interesados tendrán acceso a los datos o documentos que, formando pieza separada especial de confidencialidad, sean necesarios para contestar al pliego de concreción de hechos”*.

Es decir, una vez que se les remita a los interesados el PCH y para no vulnerar sus derechos de defensa, se permitirá a éstos tener acceso a la pieza separada especial de confidencialidad que se haya formado en relación con las solicitudes de clemencia presentadas y que constará de la propia solicitud de clemencia y de aquellos datos o documentos que acompañen a dicha solicitud, una vez resueltas, previamente, las cuestiones de confidencialidad relativas a secretos comerciales o industriales del solicitante de clemencia.

En el supuesto aquí examinado, la recurrente ya fue informada en el momento de apreciar la confidencialidad de su solicitud de clemencia que la Dirección de Investigación podría incorporar al expediente los documentos declarados confidenciales en el caso de que los mismos fueran necesarios para la instrucción del expediente y para salvaguardar los derechos de defensa de los interesados.

Es por ello, que con carácter previo a la notificación del PCH y habiendo identificado la Dirección de Investigación los documentos que, formando parte de la pieza separada de confidencialidad relativa a la solicitud de clemencia, son precisos para la instrucción del expediente y cuyo conocimiento por parte del resto de interesados es, por tanto, necesario para salvaguardar sus derechos de defensa, la Dirección de Investigación requirió al solicitante de clemencia para que, de conformidad con el artículo 42 de la LDC, justificara razonadamente, para cada uno de los documentos aportados en su solicitud de clemencia y previamente identificados por la Dirección de Investigación, los motivos por los que solicitaba, en su caso, el tratamiento confidencial por quedar protegidos por el secreto comercial o industrial y aportara, en su caso, una versión censurada de los mismos, advirtiéndole que el levantamiento de la confidencialidad de dichos documentos coincidiría con la fecha de emisión del PCH.

El motivo por el que es en dicho momento procedimental y no anteriormente cuando se permite alzar la confidencialidad de los datos referentes a la solicitud de clemencia se debe a que, tal y como señala el artículo 50.3 de la LDC, es en el PCH dónde se procede a determinar los hechos imputados y, por lo tanto, a delimitar formalmente y también con pleno efecto sustantivo el ámbito en que va a actuar el poder público frente al imputado. Es decir, es el momento en el que se concretan los hechos frente a los que el presunto o presuntos infractores se van a tener que defender para acreditar que no existe responsabilidad administrativa que se les imputa.

Por lo tanto, para un adecuado ejercicio del derecho de defensa, plasmado en los concretos derechos a ser oído en el procedimiento, de audiencia y contradicción, y de alegar y probar, es indispensable acceder a aquélla documentación que es empleada para la fijación de hechos que constituyen el elemento objetivo del tipo y justifican la presencia del elemento subjetivo y que, hasta el momento, no ha podido ser conocida por los interesados por haber sido declarada confidencial. Del mismo modo, es necesario conocer quién es la persona que efectúa tales declaraciones pues, como se ha explicado previamente, la incidencia que la intervención del solicitante de clemencia tiene en los mismos exige que el resto de los interesados deba tener acceso a tales datos.

En apoyo de esta afirmación, resulta obligado invocar la sentencia citada por la recurrente en su escrito de recurso, es decir, la Sentencia del TPI de 8 de julio de 2008, asunto T-53/03, BPB plc. vs. Comisión Europea, en la que expresamente se indica en su párrafo 31, que *“el acceso al expediente en los asuntos sobre competencia tiene, en particular, por objeto permitir a los destinatarios de un pliego de cargos tener conocimiento de las pruebas que figuran en el expediente de la Comisión, a fin de que puedan pronunciarse adecuadamente sobre las conclusiones a las que ésta haya llegado en su pliego de cargos, basándose en tales documentos. El acceso al expediente forma parte de las garantías del procedimiento destinadas a proteger el derecho de defensa y a asegurar, en particular, el ejercicio efectivo del derecho a ser oído (véase la sentencia del*

Tribunal de Primera Instancia de 30 de septiembre de 2003, Atlantic Container Line y otros/Comisión, T 191/98, T 212/98 a T 214/98, Rec. p. II 3275, apartado 334, y la jurisprudencia que se cita)."

No obstante, el previamente citado derecho de acceso a determinados datos y documentos inicialmente considerados confidenciales, sin perjuicio de encontrarse regulado por la LDC y ser acorde con los principios inspiradores de todo procedimiento en que se ejercite el *ius puniendi* del Estado, no puede considerarse incondicionado sino que, como acertadamente indica la Dirección de Investigación en el Informe sobre el presente recurso, está sometido a una serie de cautelas establecidas por la propia normativa reguladora de la materia. En concreto, dos son las previstas en nuestra legislación sobre defensa de la competencia:

(i) La primera, que de las declaraciones efectuadas por el solicitante de clemencia los interesados en el expediente no puedan obtener copias, aunque sí se permita el acceso a las mismas y la posibilidad de tomar notas.

Es decir, respecto a las declaraciones del solicitante de clemencia realizadas de forma específica para su presentación junto con la correspondiente solicitud de exención o de reducción del importe de la multa, el artículo 51.3 del RDC establece una excepción al régimen general de de acceso al expediente, señalando que no se podrán obtener copias.

Por ello, se ha indicado expresamente al solicitante de clemencia en relación con las declaraciones realizadas que, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 51 apartados 2 y 3 del RDC, los interesados podrían tomar vista de las mismas si se consideraba necesario para contestar al PCH y tomar notas, pero nada más.

(ii) La segunda, el deber de secreto que el artículo 43 de la LDC establece para todos los que toman parte en la tramitación de los expedientes y tienen acceso a éste, así como su utilización exclusiva para los fines determinados en la LDC y, en ningún caso, como información pública. La utilización con fines distintos por los interesados de la información que obra en el expediente supondría la violación del deber de secreto, sin perjuicio además de las responsabilidades civiles o penales que de tal conducta pudieran derivarse.

De acuerdo con el razonamiento hasta ahora expuesto, resulta evidente que la actuación de la Dirección de Investigación no solo se ajusta a las normas reguladoras del procedimiento sancionador tramitado por la CNC sino que también es plenamente acorde con los derechos y garantías propios de todo procedimiento de dicha naturaleza, esenciales para garantizar el derecho de defensa reconocido, en último término, por el artículo 24 de la CE.

SEXTO.- Inadmisión por ausencia de los requisitos del artículo 47 LDC

Conforme al tenor del artículo 47 LDC, antes transcrito, serán recurribles aquellos actos que *“produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos”*.

Respecto a la indefensión alegada cabe traer aquí la doctrina del Tribunal Constitucional reiteradamente expuesta por el extinto TDC en sus resoluciones, como la de 7 de abril de 2003: *“El Tribunal Constitucional tiene establecido que «por indefensión ha de entenderse el impedir a una parte en un proceso o procedimiento, toda vez que las garantías consagradas en el artículo 24.1 de la Constitución Española son también aplicables a los procedimientos administrativos sancionadores, el ejercicio del derecho de defensa, privándole de ejercitar su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses», señalando que la «indefensión supone una limitación de los medios de defensa producida por la indebida actuación de los órganos correspondientes». Que la indefensión a la que se refiere el art. 24.1 C.E. es sólo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa de la parte. Es decir, la Jurisprudencia Constitucional se ha orientado a una definición de carácter realista, estimando que «no se da indefensión cuando ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos, o cuando no se ha llegado a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa» (STC 71/1984, 64/1986”*.

A la luz de lo expuesto, resulta evidente que el acto recurrido no impide al denunciante alegar cuanto considere conveniente en defensa de sus derechos e intereses en trámites posteriores, por lo que en modo alguno se ha producido la indefensión pretendida. Esto independientemente de que, como exige el Tribunal Supremo, la parte que invoca la indefensión ha de acreditarla, no siendo válida una referencia genérica (SSTS 30-12-1998, 10-11-2005) que en este caso ni se efectúa.

Por el contrario, entiende el Consejo que de acordarse lo solicitado por la parte recurrente, a quién verdaderamente se ocasionaría indefensión sería al presunto o presuntos infractores, quienes podrían ser sancionados por la realización de una conducta prohibida de la LDC sin conocer cómo se averiguaron los hechos objeto de la declaración ni la credibilidad que a dicha declaración se le puede otorgar, para lo que es indispensable, tal y como se ha expuesto previamente, que se conozca quién es la persona que la ha realizado y remitido a la Dirección de Investigación. Del mismo modo, tampoco podrían servirse de todos los medios probatorios que para desvirtuar tal declaración estimasen convenientes si no supieran la identidad del declarante.

Por lo mismo, no puede hablarse de perjuicio irreparable a los derechos o intereses legítimos del recurrente, toda vez que, por un lado, el conocimiento de la identidad del informador es necesaria en el PCH para que la Dirección de Investigación cumpla con su obligación de dar a conocer los hechos en que se funda la imputación y, por otro, se adoptan una serie de cautelas, las expuestas en el precedente Fundamento de esta Resolución, que impiden que el acceso a la información en cuestión sea incondicionado.

En consecuencia, debe afirmarse que no estamos, en el caso examinado, ante un acto en el que concurran los requisitos exigidos por el artículo 47 LDC para considerarlo recurrible, dado que, como se ha dicho, no produce indefensión ni perjuicio alguno irreparable a los derechos o intereses legítimos del recurrente. O, de otra manera, se trata de un acto que no reúne los presupuestos de procedibilidad que fija la LDC para admitir recurso contra él.

SÉPTIMO.- Publicación en página web

La existencia de un recurso ante el Consejo contra un acuerdo de la Dirección de Investigación, en el marco de un programa de solicitud de clemencia, obliga a tomar ciertas medidas que afectan al momento de la publicación en la página web de la CNC de la Resolución que ocasiona el recurso. Por un lado su publicación inmediata supondría la divulgación de que cierto operador ha solicitado acogerse al programa de clemencia, lo que podría ser interpretado como un incumplimiento del artículo 52.e), poniendo en riesgo el mantenimiento de los privilegios que otorga el programa de clemencia al solicitante y ahora recurrente. Por otro lado, como regula el artículo 51.2, los interesados tienen derecho a conocer los datos y documentos necesarios para contestar al PCH, que formen pieza separada especial confidencial, lo que incluye, según el artículo 51.1, la identidad del solicitante. Y por último, la CNC viene obligada, en virtud del artículo 27.1 a hacer públicas todas las resoluciones y acuerdos que se dicten en aplicación de la LDC.

En consecuencia, y como se ha venido argumentando a lo largo de la presente Resolución, todas las cuestiones relativas a la aplicación del programa de clemencia deben ser mantenidas en la mayor de las confidencialidades antes del PCH, pero a partir de ese momento debe abrirse la información obtenida por la aplicación de tal programa, pues en caso contrario podrían vulnerarse los derechos de defensa de los restantes imputados. En consecuencia este Consejo ha de adoptar las medidas pertinentes para conciliar todas las cuestiones expuestas, manteniendo el secreto, entre otros extremos, de la identidad del recurrente antes de la comunicación del PCH, por lo que la presente resolución se publicará al mismo tiempo que se comunique el PCH a los interesados. Así se evitará que, antes del momento de dar a conocer los hechos en que se funda la imputación, se divulgue que la recurrente ha presentado una solicitud de reducción del importe de la multa en este expediente sancionador.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia

RESUELVE

Primero.- Inadmitir el recurso interpuesto por la representación de GONZALEZ BYAS S.A., contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 20 de abril de 2009 por el que se decide no mantener confidencial la identidad de los dos directivos de la entidad que han declarado en el expediente tramitado ante la Dirección de Investigación.

Segundo.- No proceder a la publicación de la presente resolución en la página web de la CNC hasta que no sea notificado a los interesados el Pliego de Concreción de Hechos.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación, y notifíquese al interesado haciéndole saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde su notificación.

