



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

(Expte. R/AJ/015/16, FHISA)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

SECRETARIO

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 7 de abril de 2016

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/AJ/015/16, FHISA por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por FÁBRICA DE HORMIGONES INDUSTRIALES, S.A (FHISA), al amparo del artículo 47 de la LDC, contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de 9 de febrero de 2016, de denegación de la confidencialidad solicitada en el marco del expediente sancionador S/DC/0545/15.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 21 y 21 de enero de 2015 se llevó a cabo por la Dirección de Competencia (DC) una inspección en la sede de FHISA, en el ámbito del expediente sancionador S/DC/0545/15.

Durante la inspección fueron recabados documentos, tanto en formato electrónico, como en formato papel, del despacho del Sr. [CONF], quien se identificó como empleado de FHISASTUR y de otros dos empleados de FHISA.

2. Con fechas 2 de marzo de 2015, FHISASTUR interpuso ante la Audiencia Nacional recurso contencioso-administrativo contra la actuación inspectora de la DC, por considerar que había vulnerado los derechos fundamentales a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones. El recurso fue desestimado por la sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 17 de diciembre de 2015.
3. Con fechas 20 de enero y 10 de julio de 2014, determinada información recabada en la inspección realizada en la sede de FHISA, fue incorporada por la DC al expediente S/DC/0545/15, con carácter cautelarmente confidencial (folios 413 a 434 y 503 a 613), por lo que se requirió a FHISA para que, en aplicación del artículo 42 de la LDC, solicitara, en su caso, la confidencialidad de la información contenida en los folios citados.

Transcurrido el plazo previsto, y no habiendo recibido comunicación en contra, con fecha 8 de octubre de 2015, la DC incorporó los referidos documentos al expediente principal.

4. Con fecha 16 de noviembre de 2015, la DC incorporó al expediente S/DC/0545/15, nuevos documentos procedentes de la inspección efectuada en la sede FHISA, con carácter cautelarmente confidencial (folios 752 a 787), por lo que nuevamente se requirió a FHISA para que solicitara, en su caso, la confidencialidad de la información contenida en los referidos folios.
5. Con fecha 2 de diciembre de 2015, FHISA comunicó a la DC que puesto que ninguno de los documentos fueron recabados en las dependencias de FHISA, no le correspondía a la empresa la decisión en torno a la confidencialidad de los mismos.
6. Con fecha 25 de enero de 2016, fue ampliada la incoación del expediente S/DC/0545/15 contra varias empresas hormigoneras, por lo que se requirió a FHISA para que confirmara la confidencialidad de todos los documentos obrantes en el expediente en relación con las nuevas sociedades incoadas.

Asimismo, con fecha 26 de enero de 2016, se reiteró a FHISA la solicitud de confidencialidad de los precitados folios 752 a 787, en relación con las antiguas sociedades incoadas.

7. Con fecha 2 de febrero de 2016, tuvieron entrada en la CNMC dos escritos de FHISA en los que, aunque insistía en que no le correspondía a la empresa la decisión en torno a la confidencialidad de los documentos, solicitaba ad cautelam, que todos los documentos incorporados al expediente fueran censurados íntegramente.

8. Con fecha 9 de febrero de 2016, la DC dictó acuerdo en el que acuerda denegar la confidencialidad solicitada, al considerar que la información contenida en los folios controvertidos no constituye secreto de negocio, no ha quedado acreditado que su divulgación pueda producir perjuicio alguno a FHISA y tratarse de información necesaria para acreditar el contenido, alcance y efectos de los hechos objeto de análisis.

Asimismo, en relación con la documentación que ya había sido incorporada al expediente el 8 de octubre de 2015 (folios 413 a 434 y 503 a 613) y a la que ya habían tenido acceso los restantes interesados en el expediente, señala la DC que la declaración de confidencialidad generaría indefensión y un agravio comparativo para las nuevas empresas incoadas.

9. Con fecha 22 de febrero de 2016, tuvo entrada en la CNMC un escrito de recurso de FHISA presentado en la oficina de correos el 10 de febrero, al amparo del artículo 47 de la LDC, contra el acuerdo de la DC de 9 de febrero de 2016.
10. Con fecha 24 de febrero de 2016, conforme a lo indicado en el artículo 24.1 del Reglamento de Defensa de Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (en adelante, RDC), el Secretario del Consejo de la CNMC solicitó a la DC antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto por FHISA.
11. Con fecha 1 de marzo de 2016, la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido en el punto 9. En dicho informe, la DC considera que procede desestimar el recurso interpuesto.
12. Con fecha 10 de marzo de 2016, el Consejo de la CNMC, en Sala de Competencia, acordó admitir a trámite el recurso, concediéndole un plazo de 15 días a FHISA para que, previo acceso al expediente, pudiera formular alegaciones.
13. El día 23 de marzo de 2016, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de alegaciones de FHISA, de fecha 21 de marzo, presentado en la oficina de correos en esa misma fecha.
14. La Sala de Competencia del Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 7 de abril de 2016.
15. Es interesado en este expediente de recurso FÁBRICA DE HORMIGONES INDUSTRIALES, S.A (FHISA)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 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 9 de febrero de 2016, que deniega la solicitud de confidencialidad de determinada documentación incorporada al expediente S/DC/0545/15 (Folios 413 a 434; 503 a 613, y 752 a 787) que había sido recabada durante la inspección realizada los días 20 y 21 de enero de 2015 en la sede de FHISA.

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

En su recurso, la recurrente solicita al Consejo de la CNMC que dicte resolución por la que se anule el acuerdo de la DC, dejándolo sin efecto, y acuerde la retirada de todos los documentos obrantes en el expediente que hubiesen sido recabados en el interior del domicilio social del FHISASTUR, S.L., o en su defecto, la confidencialidad de todos aquellos en tanto en cuanto no se pronuncie FHISASTUR, S.L. al respecto.

La argumentación de FHISA para solicitar la confidencialidad es la siguiente:

- FHISA alega que la práctica totalidad de los documentos recopilados durante la inspección proceden del interior del domicilio social de FHISASTUR, S.L, y en particular del despacho del Sr. [CONF], el cual no tiene vinculación laboral con FHISA. Por tanto, la CNMC debería dirigirse a FHISASTUR, S.L. al objeto de que sea ésta quien autorice la incorporación de los archivos y documentos.
- Por otra parte, alega que la documentación, cuya confidencialidad se deniega, habría sido obtenida con infracción del ordenamiento jurídico al ser recabada del interior de una empresa ajena a FHISA que no figura identificada entre aquellas a las que se dirigía la inspección. Su incorporación al expediente causaría a FHISA un evidente perjuicio, hasta que FHISASTUR, como exclusiva titular de aquella manifieste lo que a su derecho convenga.
- Por último, FHISA alega que las pruebas obtenidas directa o indirectamente violando derechos fundamentales son inadmisibles y, por tanto, deberían ser retiradas del expediente, sin que quepa su toma en consideración a los efectos de una eventual resolución por la CNMC.

En su informe de 1 de marzo de 2016, la DC propone la desestimación del recurso al considerar ajustado a Derecho el contenido del acuerdo de la DC de 9 de febrero de 2016.

Con respecto a la primera alegación (*No es FHISA quien puede decidir el tratamiento de unos documentos que no son suyos, aun cuando en aquellos pueda mencionarse a la misma*), la DC considera que la recurrente incurre en contradicción, primero, cuando solicita la confidencialidad de la documentación y después cuando recurre el acuerdo de confidencialidad adoptado en relación a una documentación que según defiende no le pertenece.

Aunque el Sr. [CONF] figura como empleado de FHISASTUR a los efectos de la Seguridad Social, argumenta la DC que en toda la documentación obrante en el expediente figura que el Sr. [CONF] es empleado de FHISA, tal y como acredita su firma en los correos electrónicos y su propia dirección de e-mail.

Toda la documentación recabada en el despacho del Sr. [CONF] se refiere a la actividad empresarial de FHISA y al sector en el que FHISA desarrolla su actividad, esto es, el suministro de hormigón, mientras que FHISASTUR se dedica al transporte de mercancías por carretera. Por tanto, el pronunciamiento en relación a solicitud de la confidencialidad pertenece a FHISA. La DC recuerda que en ese mismo sentido se ha manifestado la Audiencia Nacional en su sentencia de 17/12/2015 en el procedimiento promovido por FHISASTUR.

Sobre la alegación segunda (*Se ocasionaría a FHISA un evidente perjuicio en caso de que no fuera tratada íntegramente de forma confidencial la documentación controvertida*), argumenta la DC que resulta contradictorio e injustificado que FHISA no manifieste oposición alguna al acceso a determinada documentación por una parte de los interesados en el expediente y que, sin embargo, considere que le genera un perjuicio, que, por otra parte, no justifica, el acceso a los mismos documentos por otra parte de los interesados (los incoados con posterioridad), con idéntico perfil a los anteriores.

La información contenida en los documentos cuya censura se solicita, afirma la DC, resulta necesaria para acreditar el contenido, alcance, y los efectos de los hechos que se investigan, por lo que resulta necesario el acceso a los mismos por parte de los interesados en el expediente, de cara a garantizar su legítimo derecho de defensa.

Por último, sobre la alegación tercera, (*Al expediente se ha incorporado documentación obtenida del interior del domicilio social de una empresa ajena a FHISA, que se debería retirar del expediente,*) la DC considera que la recurrente entra nuevamente en contradicción al solicitar la devolución de uno de los documentos, a la vez que pretende defender que dicha documentación no le pertenece.

Asimismo señala que esta solicitud es ajena al procedimiento, en el que el asunto sustanciado se refiere a la confidencialidad de una serie de documentos, y no a la actuación inspectora que por otra parte ya ha sido objeto de pronunciamiento judicial, desestimando la AN en su sentencia de 17/12/2015 las pretensiones de FHISASTUR.

En sus alegaciones de 21 de marzo de 2016, FHISA reitera las alegaciones ya expuestas en su escrito de recurso.

SEGUNDO.- 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, sin que ello constituya un principio absoluto, matizándose por las circunstancias de cada caso, como ha señalado en reiteradas ocasiones esta Sala de Competencia (por todas Resoluciones de 5 de marzo de 2015, Expte. R/ AJ/0409/14, LABORATORIOS INDAS). 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, la valoración de la confidencialidad debe realizarse ponderando otros principios adicionales, igualmente tutelables aunque contrapuestos, fundamentalmente el derecho de defensa de quienes son imputados en el procedimiento sancionador 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 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 ha señalado la Sala de Competencia en diferentes Resoluciones (a título de ejemplo Resolución de 28 de enero de 2016, Expte R/AJ/117/15 RENALETTO): 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 de los imputados.

En el presente caso, FHISA en ningún momento justifica el carácter sensible de los datos por los que solicita la confidencialidad (Folios 413 a 434; 503 a 613, y 752 a 787), ni tampoco el perjuicio que la revelación de dichos datos o documentos pudiera ocasionarle. Ni el escrito de recurso ni las alegaciones presentadas ofrecen ninguna justificación para la solicitud de confidencialidad formulada.

La obligación de motivar la solicitud de confidencialidad es un requisito establecido en el artículo 20 del Reglamento de Defensa de la Competencia, así como 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 (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*”, requisito sobre el cual se ha expresado el Consejo de la extinta CNC y esta Sala de Competencia en reiteradas ocasiones (entre otras Resolución de 7 de febrero de 2014, Expte R/0161/13 SBS), y que ha sido confirmado por la Audiencia Nacional, entre otras, 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».

En los distintos escritos aportados al presente procedimiento, la recurrente no ha razonado en forma alguna cuál es el perjuicio grave que la divulgación de la información debatida podría ocasionarle y que justificaría el nivel reforzado de protección que confiere la confidencialidad solicitada. Ante esta ausencia, no ya de prueba sino de simple argumentación por parte de la recurrente, ni la DC en su informe, ni esta Sala en la presente resolución pueden considerar que exista secreto comercial alguno en la información controvertida, por lo que se antoja innecesario analizar dicha información conforme al triple examen descrito anteriormente.

TERCERO.- 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 FHISA 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 10 de febrero de 2016, ni en sus alegaciones de 21 de marzo, 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 FHISA haya podido recurrir tanto el acuerdo de la DC de 9 de febrero de 2016 como efectuar alegaciones al informe de la DC de 1 de marzo de 2016, 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)

FHISA 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.

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 lo que respecta a las alegaciones de FHISA de que la incorporación de la documentación controvertida (Folios 413 a 434; 503 a 613, y 752 a 787) habría sido recabada con infracción del ordenamiento jurídico y que las pruebas obtenidas directa o indirectamente violando derechos fundamentales son inadmisibles y, por tanto,

deberían ser retiradas del propio expediente sin que quepa su toma en consideración a los efectos de una eventual resolución por la CNMC, esta Sala coincide con la valoración de la DC de que estas cuestiones son ajenas al presente procedimiento en el que el asunto sustanciado se refiere a la confidencialidad de una serie de documentos y no a la actuación inspectora que, por otra parte, ya ha sido objeto de Sentencia por parte de la Audiencia Nacional que, con fecha 17 de diciembre de 2015 ha desestimado el recurso de FHISASTUR confirmando la legalidad de la actuación inspectora de la CNMC.

En este sentido, señala expresamente la sentencia de la Audiencia Nacional: *“Todo este conjunto de circunstancias nos llevan a concluir que el despacho del Sr.[CONF], aun cuando pudiera considerarse como domicilio social de Fhisastur, a efectos mercantiles, no es domicilio constitucionalmente protegido al considerarse como integrante de Fhisa, por lo que la entrada resulta amparada en la Orden de Investigación, no habiéndose vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio, consagrado en el artículo 18 de la Constitución”.*

Asimismo, la sentencia añade, en relación a la supuesta vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, lo siguiente:

“toda la documentación incautada no era de la actora sino de la inspeccionada, por lo que la eventual vulneración de dicho derecho únicamente podría ser invocado por esta última”

De acuerdo con lo anterior, las alegaciones deben ser rechazadas.

Por último, en cuanto a la alegación de la recurrente, de que la CNMC debería dirigirse a FHISASTUR, S.L al objeto de que sea ésta quien autorice, en su caso, la incorporación de los archivos y documentos, ya que la práctica totalidad de los documentos recopilados durante la inspección proceden del interior del domicilio social de FHISASTUR, S.L, y en particular del despacho del Sr. [CONF], el cual no tiene vinculación laboral con FHISA, esta cuestión ha sido igualmente resuelta por la referida sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de diciembre de 2015, que confirma el criterio de la DC. Por tanto, cabe concluir que la documentación recabada en la inspección efectuada en la sede de FHISA, y en particular, en el despacho del Sr. [CONF], pertenece a FHISA y, por tanto, a esta empresa, y no a otro, tal y como señala la DC, corresponde manifestarse en relación a la misma y, en particular en relación a la posible confidencialidad de los datos que obran en el expediente.

Por todo lo anteriormente expuesto, esta Sala considera que el acuerdo de la DC de 9 de febrero de 2016 es ajustado a derecho, por lo que no es, por tanto, susceptible de causar indefensión o perjuicios irreparables a la recurrente tal y como exige el artículo 47 de la LDC, debiendo desestimarse el recurso examinado.

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

HA RESUELTO

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por FHISA contra el acuerdo de la DC de 9 de febrero de 2016, que deniega la solicitud de confidencialidad planteada en el ámbito del expediente sancionador S/DC/0545/15.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a la interesada, 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.