



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

(Expte. R/AJ/117/15 RENALETO)

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 28 de enero de 2016

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/017/15, RENALETO, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por RENALETO SERVICIOS Y GESTIONES, al amparo del artículo 47 de la LDC, contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de 4 de noviembre de 2015, de denegación parcial de la confidencialidad solicitada en el marco del expediente C-0700/15.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 22 de octubre de 2015, la Sala de Competencia de la CNMC, dictó Resolución en el marco del expediente C/0700/15 RENALETO/RENOVALIA, autorizando en primera fase la operación de concentración consistente en la adquisición, por parte del GRUPO CERBERUS, a través de su filial RENALETO SERVICIOS Y GESTIONES, S.L (RENALETO), del control exclusivo sobre RENOVALIA ENERGY, S.A. (RENOVALIA).

2. Con fecha 29 de octubre de 2015, y con entrada en la CNMC el 30 de octubre de 2015, RENALETTO solicitó la confidencialidad de determinados aspectos del informe propuesta de la Dirección de Competencia (DC) con vistas a su publicación.
3. Con fecha 4 de noviembre de 2015, la DC dictó acuerdo en el que se deniega parcialmente la solicitud de confidencialidad presentada por RENALETTO.
4. Con fecha 17 de noviembre de 2015, tuvo entrada en la CNMC escrito de recurso de RENALETTO contra el citado acuerdo de 4 de noviembre de 2015, al amparo del artículo 47 de la LDC.
5. Con fecha 19 de noviembre 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 noviembre 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 3 de diciembre de 2015, el Consejo de la CNMC, en Sala de Competencia, acordó admitir a trámite el recurso, concediéndole un plazo de 15 días a RENALETTO para que, previo acceso al expediente, pudiera formular alegaciones.
8. El día 10 de diciembre de 2015, la representación de la recurrente tuvo acceso al expediente.
9. El 28 de diciembre de 2015 tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de alegaciones complementarias de RENALETTO, de fecha 23 de diciembre.
10. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 28 de enero de 2016.
11. Es interesado en este expediente de recurso: RENALETTO SERVICIOS Y GESTIONES (RENALETTO).

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 4 de noviembre de 2015 de la Dirección de Competencia (DC), que denegó

parcialmente la solicitud de confidencialidad solicitada por RENALETTO, en el ámbito del expediente C-0700/15, en el que se autorizó en primera fase la operación de concentración consistente en la adquisición, por parte del GRUPO CERBERUS, a través de su filial RENALETTO, del control exclusivo sobre RENOVALIA.

Con fecha 29 de octubre de 2015, RENALETTO solicitó la confidencialidad de determinada información incluida en el informe propuesta de la DC con vistas a su publicación. En concreto solicitó la confidencialidad de datos incluidos en catorce de los cuarenta y seis apartados de la Resolución de 22 de octubre de 2015: apartados (5), (6), (12), (14), (15), (18), (19), (34), (35), (36), (37), (43), (44) y (45).

Con fecha 4 de noviembre de 2015, la DC dictó acuerdo en el concedió parcialmente la solicitud de confidencialidad presentada por RENALETTO, admitiendo la confidencialidad de la información solicitada por la empresa incluida en los apartados (15), (19), (34), (37), (43), (44) y (45) del informe, relativa a cifras de facturación, cuotas de mercado y datos de capacidad y producción del GRUPO CERBERUS tras la operación de concentración.

Igualmente concedió la confidencialidad requerida por RENALETTO para la información contenida en los párrafos (35) y (36) referida a los datos de producción de energía eléctrica a partir de energías renovables y eólica, exceptuando los datos del sumatorio final de cada tabla referidos a la potencia instalada y la generación total, información de carácter público incluida en informes de Red Eléctrica Española (REE).

Por el contrario la DC, en el acuerdo de 4 de noviembre de 2015 que ahora se recurre, denegó parcialmente la confidencialidad solicitada respecto a los apartados (5), (6), (12), (14) y (18), al considerar que parte de dicha información era ya pública o no tenía carácter de secreto comercial.

El artículo 47 de la Ley 15/2007, 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 e 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 a la Sala de Competencia que proceda a *“declarar confidencial toda la información solicitada por Renaleto”* y suspenda la publicación de la Resolución de 22 de octubre de 2015 y el Informe de la DC.

Sin embargo, tras analizar el recurso de RENALETTO y sus alegaciones, se comprueba que su recurso no se extiende a la totalidad de la información cuya confidencialidad es denegada por la DC sino que se limita a la contenida en los párrafos (5), (6), (12) y (14), sin ninguna referencia a la información del apartado (18), ni de los apartados (35) y (36) sobre la que se solicitó confidencialidad y que fue también, parcialmente denegada por la DC.

La información controvertida, y la argumentación de RENALETO para solicitar su confidencialidad es la siguiente:

- Información relativa al capital social que adquiere RENALETO de Renovalia, incluida en el apartado (5), y a la participación minoritaria que ostenta el Grupo Lactalis en el capital social de Renovali, incluida en el apartado (6).

La recurrente señala que los porcentajes de participación deben ser considerados información de carácter privado e irrelevante para el análisis del control de concentraciones. Asimismo, sostiene que el hecho de que RENALETO tenga en un futuro que cumplir la normativa sobre sociedades de capital y presentar cuentas anuales ante el Registro mercantil no justifica que la CNMC pueda anticipar y publicar dicha información; y que en ninguna de las resoluciones de control de concentraciones ante la Comisión Europea en la que el Grupo Cerberus ha sido parte, la autoridad comunitaria ha publicado los porcentajes de participación de las empresas participes en la operación.

- Información relativa a la identidad de la persona física que controla el Grupo Cerberus, incluida en el apartado (12).

RENALETO sostiene que la DC ha errado al considerar que la información relativa a la titularidad real del Grupo Cerberus no debe ser tratada como información confidencial por aparecer en Wikipedia.

RENALETO señala que no es cierto que Wikipedia establezca que la persona física titular del Grupo Cerberus sea la persona que controla tal grupo. Además indica que Wikipedia no puede ser considerada una fuente fiable y veraz.

Asimismo alega que, desde la perspectiva del control de concentraciones, basta con que la CNMC conozca el nombre de la persona física, sin necesidad de vulnerar la intimidad de una persona física mediante la publicación de su nombre en una Resolución.

- Información relativa a posibles adquisiciones del Grupo Cerberus, incluida en el apartado (14).

La recurrente considera que la información relativa a las posibles/futuras adquisiciones del Grupo Cerberus es información comercialmente sensible y un secreto de negocio. Ello por tratarse de información relativa a estrategia de inversión futura, altamente sensible para el Grupo Cerberus y que el propio Grupo Cerberus no conoce todavía con seguridad si se va a llevar a cabo.

En su informe de 25 de noviembre de 2015, la DC propone la desestimación del recurso, con base a un conjunto de argumentos.

Con respecto a la primera alegación -apartados (5) y (6)-, la DC considera que los porcentajes de participación constituyen una información claramente trascendental desde la perspectiva del control de concentraciones, con vistas a acreditar el cambio de control que precisamente es objeto de análisis en el procedimiento y de cara a determinar la relevancia y efectos del nuevo vínculo empresarial, lo que constituye el principal objeto del análisis de concentraciones. Asimismo, de acuerdo con la legislación de sociedades de capital, los administradores de la sociedad están obligados a formular en el plazo de tres meses a partir del cierre del ejercicio social, las cuentas anuales. Se trata, por tanto de una información que por su propia naturaleza no es confidencial, sino al contrario, constituye una documentación que desde su formulación es concebida para ser pública y de libre acceso a terceros.

Por lo que se refiere a la identidad de la persona física que controla el Grupo Cerberus -apartado (12)- la DC sostiene que se trata de información pública, por lo que no puede ser considerada como confidencial.

Por último, sobre la información relativa a las posibles adquisiciones del Grupo Cerberus -apartado (14), la DC señala que se trata de información de acceso generalizado, reflejo de las noticias aparecidas en ediciones web de diversos medios de comunicación (como por ejemplo “Expansión” y “El Confidencial”, entre otros) , por lo que no puede considerarse información sensible ni secreto comercial. La DC señala igualmente que la información que aparece en el apartado (14) sobre la que se solicita confidencialidad aparece también en el apartado (41) del informe, párrafo sobre el que RENALETO no ha solicitado ninguna confidencialidad.

En sus alegaciones de 23 de diciembre de 2015, RENALETO reitera las alegaciones ya expuestas 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 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 esta Sala de Competencia (por todas, Resolución 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”*. Así se establece en el párrafo 22 de la Comunicación de la Comisión Europea 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 un procedimiento sancionador o el derecho de acceso a información pública y el principio de transparencia bajo el que necesariamente debe actuar esta Comisión en aplicación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre.

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 CNMC ha señalado en Resoluciones anteriores (por todas y citando otros precedentes, la Resolución de 21 de mayo de 2015, Expte. R/AJ/054/15 MOLINS): 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 la misma no debe gozar de la protección que otorga el artículo 42 de la LDC. Esa valoración se detalla a continuación de forma diferenciada respecto de la distinta información respecto de la que se solicita la declaración de confidencialidad:

- a) Información relativa al capital social que adquiere RENALETO de Renovalia – apartado (5)- y a la participación minoritaria que ostenta el Grupo Lactalis en el capital social de Renovalia –apartado (6)-.

La denegación por parte de la DC de la confidencialidad de la información solicitada por RENALETO respecto a los apartados (5) y (6) ha sido parcial y limitada exclusivamente a los porcentajes de participación de los accionistas en la empresa adquirida RENOVALIA tras la operación de concentración notificada. Por el contrario, la DC ha concedido a RENALETO la confidencialidad de la información incluida en la última frase de ambos párrafos referida a otros datos comerciales.

Coincide esta Sala con la DC en que los porcentajes de participación, en contra de lo que defiende la recurrente, no pueden considerarse información de carácter privado sino que constituyen una información claramente trascendental desde la perspectiva del control de concentraciones, con vistas a acreditar el cambio de control que precisamente es objeto de análisis en el procedimiento y de cara a determinar la

relevancia y efectos del nuevo vínculo empresarial, que constituye el principal objeto del análisis de concentraciones.

Además hay que señalar que de acuerdo con los artículos 253, 272 y 279 de la Ley de Sociedades de Capital, los administradores de la sociedad están obligados a formular, en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, las cuentas anuales de la entidad y a depositarlas en el registro mercantil. Se trata pues de una información que por su propia naturaleza es concebida para ser pública y de libre acceso a terceros. En el caso de la participación del Grupo Lactalis en el accionariado de RENOVALIA–apartado (6)- se trata, además, de información ampliamente difundida al haber sido publicada en prensa ya en 2010 (por ejemplo, en el diario “El País”) y también incluida en el folleto informativo inscrito en el Registro Oficial de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) con fecha 22 de abril de 2010 con ocasión de la Oferta de suscripción y admisión a negociación de acciones de RENOVALIA presentada en dicha fecha¹. Igualmente esta participación está recogida en las Cuentas Anuales Consolidadas de Renovaba Energv, S.A., y Sociedades Dependientes del Ejercicio 2014 (página 69), auditadas en junio de 2015.

Por otra parte, como señala la DC, lo que ha de determinar el carácter confidencial de una determinada información no es el hecho de si resulta relevante o no para el procedimiento de control de concentraciones. Tal y como señala la Comisión Europea en sus disposiciones, el elemento sustantivo que ha de ser analizado a la hora de determinar si determinada información ha de ser protegida o no como secreto comercial, es el potencial grave perjuicio que se causaría con la revelación de dicha información.

RENALETO no alude en su recurso ni en el escrito de alegaciones en ningún momento a la gravedad de los perjuicios que la publicación de dichos porcentajes pueda ocasionarle, ni siquiera se pronuncia sobre la posible existencia de los mismos. Por todo ello, la solicitud de confidencialidad relativa a tal información debe ser rechazada.

- b) Información relativa a la identidad de la persona física que controla el Grupo Cerberus –apartado (12)-.

En su escrito inicial dirigido a la DC RENALETO solicitó la confidencialidad de la identidad de la persona física que controla el Grupo Cerberus para salvaguardar su derecho a la intimidad y, también, por considerar dicha información comercialmente sensible.

Sin embargo en su escrito recurso y en el posterior escrito de alegaciones RENALETO se limita a argumentar el carácter no público de la identidad de la persona física que controla CERBERUS (a pesar de su publicación en diversos medios de comunicación) y a defender que el derecho a la intimidad de dicha persona podría resultar vulnerado si

¹ Puede consultarse en: <http://www.cnmv.es/Portal/Consultas/Folletos/FolletosEmisionOPV.aspx?nif=A-02296630&fechaDesde=22/04/2010&fechaHasta=22/04/2010>

se publica su nombre en una resolución de la CNMC, pero sin razonar cuál sería el perjuicio que causaría a RENALETO como empresa personada en el procedimiento la publicación de dicha identidad. La recurrente se limita a defender que medios que recogen la identidad de la persona que controla el Grupo Cerberus, como Wikipedia, no pueden ser considerados una fuente fiable y veraz y que, de acuerdo con la propia Wikipedia, si bien se identifica a una determinada persona física como la que gestiona y es co-fundador del grupo Cerberus, dichos conceptos no son estrictamente equiparables al concepto de control a efectos del Derecho de control de concentraciones.

Respecto de esta información, esta Sala considera que la identidad de la persona física que controla el Grupo Cerberus es información pública dada su inclusión en diversos medios de comunicación. En este sentido, el párrafo 23 de la precitada Comunicación de la Comisión afirma expresamente que “*no se considerará, en principio, confidencial la información relativa a una empresa que ya se conozca fuera de la empresa*”. Adicionalmente la recurrente RENALETO no ha sido capaz de justificar los posibles perjuicios que la divulgación de dicha información en una Resolución de la CNMC podría causar en la propia empresa o en la intimidad personal de la citada persona física, de cuya representación personal, por otra parte, no consta poder en el expediente para ejercitar acciones en su nombre.

Por tanto, en la medida que se trata de información pública, en aplicación de lo dispuesto en el párrafo 23 de la Comunicación, no es posible considerar secreto comercial ni otro tipo de información confidencial la identidad de la persona física que controla el Grupo Cerberus.

- c) Información relativa a posibles adquisiciones del Grupo Cerberus –apartado (14)-.

Finalmente, respecto a la solicitud de confidencialidad de la información relativa a las posibles adquisiciones del Grupo Cerberus -apartado (14)-, cabe señalar que la DC accedió parcialmente a la misma, declarando confidenciales los datos de identificación de las posibles compras, manteniendo tan sólo como no confidencial la intención de realizarlas. Como explica la DC en su informe, esta intención de adquirir activos en el futuro cercano es una información de acceso generalizado a través de internet, fundamentalmente a través de noticias de prensa económica, por lo que de acuerdo nuevamente con el párrafo 23 de la Comunicación de la Comisión, dicha información no puede considerarse confidencial.

La recurrente además solicitó en su escrito de 29 de octubre de 2015, la confidencialidad del párrafo (14) del Informe de la DC (“*CERBERUS actualmente no se encuentra presente en el mercado en España, aunque tiene previsto adquirir dos proyectos de energía eólica próximamente*”), pero no incluyó en su petición el apartado (41) donde se hace una referencia idéntica a la misma cuestión (“*GRUPO CERBERUS actualmente no se encuentra presente en el mercado de producción de electricidad a partir de energías renovables en España, si bien tiene previsto adquirir dos proyectos de energía eólica próximamente*”), lo que demuestra que la información

comercialmente sensible cuya confidencialidad se requería no se encontraba en la frase ahora discutida sino en los datos que precisaban la misma ya declarados confidenciales desde un principio por la DC.

Por otra parte, cabe indicar que la DC, de la misma forma que reflejaba la prensa económica de consulta accesible en Internet, alude exclusivamente a la intención "tiene previsto", por lo que en ningún caso se está oficializando 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 de la 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 RENALETO supone verificar si el acuerdo de la Dirección de Competencia de 4 de noviembre 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 RENALETO en su recurso de 17 de noviembre de 2015, por lo que no resulta necesario analizar su posible concurrencia. En cualquier caso, la no declaración de confidencialidad de la información controvertida 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 RENALETO haya podido recurrir tanto el acuerdo de 4 de noviembre de 2015, como efectuar alegaciones al informe de la DC de 25 de noviembre de 2015, 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 noviembre 2015, por el que se deniega la confidencialidad de determinados párrafos del informe propuesta de la DC en el expediente C-0700/15, ocasione indefensión a RENALETO.

En cuanto al segundo de los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC para que pueda prosperar el recurso, esto es, la existencia de un perjuicio irreparable, cabe recordar que el Tribunal Constitucional entiende por perjuicio irreparable "*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).

RENALETO 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. A pesar de aludir en varias ocasiones al carácter sensible de la información sobre la que solicita la declaración de confidencialidad, ni el escrito de

recurso ni las alegaciones presentadas ofrecen ninguna valoración, económica o no, ni siquiera aproximada, de este perjuicio, supuestamente grave.

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 RENALETTO

Por ello, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 de la 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 RENALETTO contra el acuerdo de la DC de 4 de noviembre de 2015, que deniega parcialmente la solicitud de confidencialidad planteada en el ámbito del expediente C-0700/15, 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.