



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

(Expte. R/AJ/140/16, BBVA)

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 21 de junio 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/140/16, BBVA por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA (BBVA), al amparo del artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de 11 de mayo de 2016, de denegación parcial de la confidencialidad solicitada respecto de determinada información aportada por BBVA.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 25 de abril de 2016 tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) escrito de BBVA solicitando la confidencialidad de determinados documentos e información contenida en su respuesta a un requerimiento de información remitida a la Dirección de Competencia (DC) el 8 de octubre de 2015, en el marco de la información reservada previa a la incoación del expediente sancionador S/DC/0579/16. En

dicho escrito de respuesta, BBVA mencionaba de forma genérica el carácter estrictamente confidencial de la información aportada, sin aportar una versión censurada. No obstante, BBVA se comprometía a remitir en los días sucesivos una versión no confidencial de los documentos adjuntos a dicho escrito.

2. El 6 de abril de 2016 le fue notificado a BBVA el Acuerdo de incoación del expediente, en el cual se le comunicaba que quedaba incorporado al mismo lo actuado en el marco de la información reservada, otorgando a la entidad un plazo de diez días para que, en su caso, motivase la confidencialidad de los datos y/o documentos aportados.
3. El 18 de abril de 2016 tuvo entrada en la DC escrito de BBVA solicitando una ampliación de plazo para justificar la confidencialidad, ampliación que fue concedida mediante acuerdo notificado a la entidad ese mismo día
4. El 25 de abril de 2016 fue remitido por el BBVA la versión confidencial referida en el AH número 1. El BBVA solicita la confidencialidad de determinados datos y/o documentos aportados el 8 de octubre de 2015, bien frente a todos los interesados (puntos 1, 3, 5, 6 y una parte del 10), bien para el denunciante (puntos 4 y parte del 10). El escrito motiva únicamente de forma individualizada y por considerarlo secreto comercial, la confidencialidad de los datos relativos al punto 1 (listas operaciones), al punto 3 (registro de sistemas), al punto 6 (manuales de procedimiento, normativa interna y códigos de conducta) y al punto 10 (actas autorizaciones riegos). Respecto del resto de documentación, BBVA no justifica individualizadamente el carácter confidencial de la misma.
5. Por Acuerdo de 11 de mayo de 2016, relativo a la solicitud de confidencialidad de BBVA, la DC acepta cautelarmente la confidencialidad solicitada, excepto para los nombres de las personas empleadas en la entidad financiera, al no estar motivado su carácter confidencial y no considerarlos secreto de negocio, y para el contenido de las comunicaciones por correo electrónico entre los bancos incoados, al considerar dichas comunicaciones como datos necesarios para esclarecer los hechos investigados sin menoscabar el derecho de defensa de las partes interesadas.
6. El 30 de mayo de 2016 tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de interposición de recurso de BBVA frente al Acuerdo de la DC denegatorio de la solicitud de confidencialidad.
7. El 2 de junio de 2016, el Consejo de la CNMC solicitó a la DC antecedentes e Informe sobre el citado recurso, conforme a lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC y artículo 24.1 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC).
8. Con fecha 6 de junio de 2016, la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido en el AH número 6. En dicho informe la DC considera que, a la vista de los motivos alegados en el escrito de recurso, los datos y documentos controvertidos

han de tener, cautelarmente, carácter confidencial, por lo que decae el objeto del recurso presentado por BBVA.

9. Con fecha 8 de junio la DC notificó a BBVA nuevo acuerdo de la instructora del expediente (folios 66-68) en el cual, a la vista de las alegaciones formuladas en el escrito de recurso señalado en el punto 6, se acuerda declarar cautelarmente confidenciales los datos y/o documentos controvertidos.
10. La Sala de Competencia del Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 21 de junio de 2016.
11. Es interesado en este expediente de recurso BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA (BBVA).

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 11 de mayo de 2016, que deniega parcialmente la solicitud de confidencialidad de determinada documentación incorporada al expediente S/DC/0579/16 que había sido remitida por BBVA el 8 de octubre de 2015, como respuesta a un requerimiento de información de la DC formulado en fase de diligencias previas.

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 declare la confidencialidad de determinados datos incluidos en su respuesta al requerimiento de información precitado, concretamente: (i) datos personales que constan en el punto 4 (proceso de contratación) y 5 (nombre del responsable del departamento de Trading) y (ii) las comunicaciones entre las partes incoadas contenidas en los puntos 4 y 10, en este segundo caso, exclusivamente respecto al denunciante y sus empresas filiales. Asimismo solicita la incorporación al expediente público de la versión no confidencial de dicha documentación.

La argumentación de BBVA para solicitar la confidencialidad es la que se reseña a continuación.

En relación a los nombres de las personas empleadas en dicha entidad, considera que tienen la condición de "otra información confidencial", cuya revelación podría causar un perjuicio grave e irreparable a BBVA, puesto que sus empleados podrían dirigir acciones contra la entidad por haber revelado indebidamente sus nombres a terceros. Asimismo, BBVA explica en su recurso que el acceso a tales nombres por la

denunciante o sus filiales permitiría que fueran utilizados para actuaciones de naturaleza penal contra los mismos.

Respecto de las comunicaciones entre las partes incoadas, contenidas en los puntos 4 y 10 de la respuesta de BBVA al requerimiento de información, la recurrente argumenta que su contenido ha sido únicamente revelado a las partes incoadas y que aunque la DC considerara tales comunicaciones como una prueba de cargo entre ellas, el mantener pese a todo su carácter confidencial respecto a la denunciante no lesiona el derecho de defensa de la misma, dada su posición en el expediente sancionador, donde no ostenta la condición de incoada.

Por su parte, el informe de la DC de 6 de junio de 2016, tras repetir la ausencia de justificación concreta e individualizada de la confidencialidad de la información y datos controvertidos, en la solicitud inicialmente formulada por BBVA, considera que el escrito de recurso, en cambio, ha motivado de modo suficiente la confidencialidad alegada. En consecuencia, la DC entiende que “[...] debe declararse cautelarmente el carácter confidencial de los datos y/o documentos controvertidos, esto es, los nombre de las personas que constan el documento 4 “Proceso Originación Operaciones Grupo VAPAT” y el nombre de la persona del Departamento de Trading responsable de las Operaciones de Referencia, así como las comunicaciones entre los bancos referidos a los puntos 4 y 10 del escrito principal de respuesta de BBVA de octubre de 2015, frente a la denunciante y sus filiales.”

SEGUNDO.- Sobre la pérdida de objeto del recurso

Conforme al artículo 42 de la 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 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*”.

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, la solicitud de confidencialidad de 25 de abril de 2016 de la ahora recurrente no justificaba de forma individualizada el carácter confidencial de cada uno de los datos o documentos para los que solicitaba tal carácter, sino solamente de cuatro de ellos. En línea con la práctica de la CNMC y de acuerdo con el artículo 42 de la LDC, la DC ponderó los principios de transparencia e interés público y de deber de secreto de aquellas informaciones que estén protegidas por el secreto comercial cuyo conocimiento por parte de otras empresas puede ocasionar perjuicio. Teniendo en cuenta lo anterior, mediante Acuerdo de 11 de mayo de 2016 la DC concedió, cautelarmente, el carácter confidencial para todos los documentos para los que BBVA había solicitado dicho carácter, excepto para algunos datos y varios documentos, que son los que han motivado el recurso interpuesto por BBVA.

Como se ha anticipado en los Antecedente de Hecho, el pasado 8 de junio -con posterioridad a la presentación del presente recurso- la DC acordó declarar cautelarmente confidenciales los datos y documentos cuya confidencialidad era objeto de controversia en el presente recurso, al considerar el órgano instructor que en el marco del recurso se ha motivado de modo suficiente la confidencialidad solicitada.

Teniendo en cuenta el contenido del informe de la DC de 6 de junio de 2016 y el precitado Acuerdo de 8 de junio de 2016 declarativo del carácter cautelarmente confidencial de la información controvertida, entiende esta Sala de Competencia que el recurso interpuesto ha perdido su objeto al haber sido ya satisfecha la pretensión de la recurrente.

El artículo 44 de la Ley de Defensa de la Competencia, dispone que la CNMC podrá no iniciar un procedimiento o acordar el archivo de las actuaciones o expedientes incoados por falta o pérdida de competencia u objeto.

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

HA RESUELTO

ÚNICO.- Archivar, por pérdida de su objeto, el recurso interpuesto por BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de 11 de mayo de 2016, que deniega la solicitud de confidencialidad respecto de determinada información aportada por BBVA en respuesta a requerimiento de la Dirección de Competencia, en el ámbito del expediente sancionador S/DC/0579/16.

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.