

# EL DERECHO DE ACCESO Y LA CONFIDENCIALIDAD EN LOS EXPEDIENTES ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES POR PRESUNTAS INFRACCIONES PREVISTAS EN LA LEY 15/2007

Sergio SINOVAS CABALLERO LL.M\*

## 1. INTRODUCCIÓN

El preámbulo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (Ley 19/2013), establece que la transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno deben ser los ejes fundamentales de toda acción política. Sólo cuando los ciudadanos puedan conocer los criterios de actuación de las instituciones públicas financiadas con sus impuestos se podrá hablar de la existencia de una sociedad crítica y corresponsable con la actuación de sus poderes públicos, pues como decía Cicerón: «Las leyes se han hecho para el bien de los ciudadanos».

El derecho de acceso a los expedientes administrativos sancionadores incoados en virtud de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), supondrá, entre otros, el derecho de los presuntos responsables de una infracción administrativa a conocer todos los documentos inculpatorios y exculpatorios relevantes para determinar el alcance, contenido y efectos de las infracciones que se les imputen, como una de las manifestaciones del derecho a la defensa recogido en el art. 24 de la Carta Magna.

En el presente artículo se analiza el derecho de acceso al expediente en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores incoados en virtud de lo establecido en la LDC, así como el alcance de la principal de sus limitaciones, referida a la declaración de la confidencialidad de la información obrante en los mismos, en una serie de supuestos y bajo el cumplimiento de determinados requisitos.

---

\* Magister Legum LL.M. Administrador Civil del Estado. Subdirector Adjunto de la Subdirección General de Cárteles y Clemencia de la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Las opiniones, interpretaciones y conclusiones expresadas en este trabajo son las de su autor, y no representan las opiniones de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC).

Así, en primer lugar, se analizará la normativa tanto nacional como comunitaria reguladora del acceso al expediente administrativo y las limitaciones al ejercicio del mismo.

Posteriormente se analizará la doctrina del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), y de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) relativa al ejercicio y limitación de dicho derecho al acceso al expediente administrativo sancionador distinguiendo los supuestos de declaración de confidencialidad, así como los supuestos de denegación de la misma. Completando el análisis con la confidencialidad de la las solicitud clemencia presentada en virtud de lo establecido en los arts. 65 y 66 de la LDC y finalizando con unas conclusiones.

El análisis se completa con la interpretación y alcance que de dicho derecho de acceso y sus limitaciones han venido realizando los Tribunales españoles y comunitarios.

## 2. NORMATIVA

### A. NORMATIVA NACIONAL

La Constitución Española dispone en su art. 105, letra *b*) que la regulación del acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos se realizará por vía legal, introduciendo una serie de limitaciones al mismo:

«La Ley regulará: [...] El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas».

El Tribunal Supremo ha establecido que este derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos no constituye un derecho fundamental, aunque esté relacionado con el derecho de participación política, de libertad de información y de tutela judicial efectiva, que implica una potestad de participación del ciudadano que facilita el ejercicio de la crítica del poder y que constituye un procedimiento indirecto de fiscalizar la sumisión de la Administración a la ley y de permitir con más eficacia el control de su actuación por la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>1</sup>.

El contenido de este derecho de acceso al expediente es así mismo objeto de regulación en el art. 41, apartado 2, letras *a*) y *b*) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, como parte del derecho de los ciudadanos europeos a una buena administración<sup>2</sup>:

«Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable. 2. Este derecho incluye en particular el derecho de toda persona

<sup>1</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1999.

<sup>2</sup> *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* publicada en el *DOUE* núm. 326, de 26 de octubre de 2012.



a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial».

En cuanto a la normativa española de régimen general, el art. 35, letra *a*) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/92), consagra el derecho de los ciudadanos a conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados y obtener copias de documentos contenidos en ellos.

El art. 37 de la Ley 30/92, modificado por la Ley 19/2013, establece que el derecho de los ciudadanos a acceder a la información pública, archivos y registros en los términos y con las condiciones establecidas en la Constitución, en la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y demás leyes que resulten de aplicación.

Dicho art. 37 de la Ley 30/1992 regula así mismo las excepciones y limitaciones al ejercicio del derecho de los ciudadanos al acceso a la información pública, y así en su apartado 4.º se recoge que «el ejercicio de los derechos que establecen los apartados anteriores podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley, debiendo, en estos casos, el órgano competente dictar resolución motivada» y el apartado 5.º, letra *d*), matiza que el derecho de acceso «no podrá ser ejercido respecto a una serie de expedientes, entre los relativos a materias protegidas por el secreto comercial o industrial».

La Ley 19/2013, cuyas disposiciones recogidas en su Título I son de aplicación a la Administración General del Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales y que entrarán en vigor en diciembre de 2014, establece en su art. 12 el derecho a acceder a la información pública de todas las personas en los términos previstos en el art. 105, letra *b*) de la Constitución Española. Entendiendo su art. 2 como información pública «los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones».

Dicho derecho de acceso a la información pública es, sin embargo, objeto de una serie de modulaciones y excepciones recogidas, entre otros, en su art. 14 sobre la base de un perjuicio, entre otros, al «secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial». El apartado 2 del citado art. 14 dispone, sin embargo, que la limitación en el derecho de acceso será «justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso».

En lo relativo a la normativa específica reguladora de los procedimientos administrativos sancionadores incoados en virtud de lo establecido en la LDC, el art. 42 introduce una limitación al derecho de acceso al expediente administrativo al establecer la posibilidad de que la Administración ordene,

de oficio o a instancia de parte, el mantenimiento como secretos de los datos o documentos que consideren confidenciales: «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, formando con ellos pieza separada».

Dicha calificación limitará por tanto el acceso al expediente del resto de las partes interesados en el expediente sancionador por presuntas infracciones administrativas recogidas en la LDC, mediante la elaboración de una versión confidencial en el expediente de referencia.

El art. 20 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), regula el tratamiento de información confidencial en el expediente sancionador, señalando los requisitos formales que el solicitante debe cumplir, relativos a la motivación y a la aportación de una versión no confidencial:

«Cualquier persona que presente documentos ante la Comisión Nacional de la Competencia, al solicitar la confidencialidad de datos o informaciones, deberá hacerlo de forma motivada ante el órgano competente en el marco de la tramitación del expediente en cuestión, y deberá presentar, además, una versión no confidencial de los mismos».

Por otro lado, como una particularidad introducida en la LDC sobre el acceso a la información contenida en los expedientes sancionadores por presuntas infracciones con recogidas en la LDC, el art. 43 estableció el deber de secreto sobre los hechos de los que se haya tenido conocimiento a través de los expedientes, por parte de todos aquellos que hayan conocido dichos expedientes previstos en la LDC por razón de su profesión, cargo o intervención como parte en el mismo. Deber de secreto de las partes que la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC ha recordado con asiduidad en la mayoría de sus Resoluciones sobre el derecho de acceso al expediente y el carácter confidencial de determinada información<sup>3</sup>.

La limitación de dicho derecho de acceso al expediente del ciudadano, en general, y de las partes interesadas en el expediente administrativo por presuntas infracciones de la LDC, en particular, mediante la denegación al acceso a determinada documentación, exigirá como ha señalado el Tribunal Supremo de una especial intensidad analítica en relación tanto con las razones que imponen el mantenimiento de la confidencialidad como de las razones que exigen su levantamiento<sup>4</sup>.

Dicho ejercicio de especial análisis y motivación, tanto en vía administrativa como judicial, deberá de realizarse para cada uno de los documentos solicitados por las partes, pues la ausencia de motivación podría ser causa de nulidad por vulnerar dicho art. 24 de la Constitución Española, pero sólo

<sup>3</sup> Resoluciones de la Sala de Competencia de la CNMC de 22 de noviembre de 2013, expte. R/0152/13, Transportes Antonio Belzunces; de 24 de enero de 2014, expte. R/015/13, Transportes Carlos; de 7 de febrero de 2014; expte. R/0161/13, SBS y de 2 de abril de 2014, expte. R/DC/0009/14, Europac.

<sup>4</sup> Autos del Tribunal Supremo de 31 de enero, 13 de julio y 5 de octubre de 2007.



si es generadora de indefensión<sup>5</sup>. En este sentido, en algunos supuestos el Tribunal Supremo decidió el levantamiento de la confidencialidad de determinada información hasta entonces confidencial para de esta manera evitar la indefensión de alguna de las partes<sup>6</sup>:

«[...] desde la perspectiva conjunta de no provocar indefensión a ninguna de las partes del proceso y, a la vez, mantener el equilibrio entre el conocimiento procesal de determinados datos relevantes para el éxito de las pretensiones pero simultáneamente amparados, en principio, por el secreto comercial, y vista la falta de referencias normativas explícitas en esta materia aplicables a los procesos jurisdiccionales, la Sala considera que los demandantes deben tener acceso a una parte de los documentos hasta ahora considerados confidenciales».

En relación con el concepto de indefensión, vale la pena recordar la definición que realizó el Tribunal Constitucional<sup>7</sup> y que ha sido recogida en las Resoluciones del Consejo de la antigua CNC y de la actual Sala de Competencia del Consejo de la CNMC<sup>8</sup>:

«[...] la indefensión supone una limitación de los medios de defensa producida por la indebida actuación de los órganos correspondientes».

«[...] no se da indefensión cuando ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos».

En el ámbito de los expedientes administrativos incoados bajo la LDC, este ejercicio de especial intensidad analítica de las razones y motivos por las que se limita el derecho al acceso del expediente mediante la declaración de confidencialidad será competencia de la Administración responsable de la instrucción del expediente administrativo afectado<sup>9</sup>, que de acuerdo con lo establecido por el Tribunal Supremo, es actualmente la CNMC<sup>10</sup>:

«La declaración de confidencialidad está reservada por el Ordenamiento Jurídico a unos organismos (el Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia) configurados conforme a un status de autonomía funcional y dotados de amplios conocimientos para valorar cuestiones técnicamente complejas, en las que confluyen multitud de factores que afectan no sólo a las partes en el proceso sino también a terceros e incluso a sectores completos de la actividad económica».

En relación con el derecho de acceso al expediente es importante recoger que la Audiencia Nacional en su Sentencia de 29 de julio de 2014, citando Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>11</sup>, ha

<sup>5</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1997 y Sentencias de la Audiencia Nacional de 16 de enero de 2008, 2 de junio de 2009 y 29 de julio de 2014.

<sup>6</sup> Auto del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2005, núm. rec. 533/1994.

<sup>7</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional 71/1984 y 64/1986.

<sup>8</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 22 de noviembre de 2013, expte. R/0152/13, Antonio Belzunces y Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 2 de abril de 2014, expte. R/DC/0009/14, Europac.

<sup>9</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1997 y Sentencias de la Audiencia Nacional de 16 de enero de 2008 y 2 de julio de 2009.

<sup>10</sup> Auto del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2007 (rec. 256/2005).

<sup>11</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de octubre de 2011, asunto *Solvay-Comisión*, asunto C109/10 P, apartado 54; Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de octubre de 2002, *Limburgse Vinyl*

señalado que dicho derecho de acceso al expediente supone que la parte interesada pueda exponer de modo útil su punto de vista sobre la realidad y la pertinencia de los hechos y las circunstancias alegadas sobre los documentos que el Órgano instructor tuvo en cuenta para fundamentar su resolución (documentos incriminatorios o exculpativos)<sup>12</sup>:

«54. Tal como recordó acertadamente el Tribunal General en el apartado 405 de la sentencia recurrida, el derecho de acceso al expediente implica que la Comisión debe dar a la empresa afectada la posibilidad de examinar todos los documentos incluidos en el expediente de la instrucción que puedan ser pertinentes para su defensa. Estos documentos comprenden tanto las pruebas de cargo como las de descargo, con excepción de los secretos comerciales de otras empresas, de los documentos internos de la Comisión y de otras informaciones confidenciales».

Por todo lo anterior, es evidente que la aplicación práctica de la limitación al derecho de acceso al expediente administrativo mediante la declaración de la confidencialidad de determinada documentación por el órgano instructor implica un ejercicio de análisis teórico y práctico, dotado en muchas ocasiones de una elevada complejidad técnica y jurídica, entre otras razones por la condición de «concepto jurídico indeterminado»<sup>13</sup> de los conceptos de confidencial y/o secreto comercial, así como por la valoración circunstanciada, caso a caso, que han exigido los Tribunales nacionales y comunitarios en estos casos.

## B. NORMATIVA COMUNITARIA

En el Ordenamiento Jurídico Comunitario la regulación del derecho de acceso al expediente viene recogida en los apartados 1 y 2 del art. 27 del Reglamento (CE) núm. 1/2003, del Consejo, en el apartado 1 del art. 15 del Reglamento (CE) núm. 773/2004, de la Comisión, en los apartados 1 y 3 del art. 18 del Reglamento (CE) núm. 139/2004, del Consejo y en el apartado 1 del art. 17 del Reglamento (CE) núm. 802/2004, de la Comisión la Comunicación de la Comisión. Para definir el marco jurídico aplicable al ejercicio del derecho establecido en las citadas disposiciones, la Comisión Europea (CE) publicó una Comunicación el 22 de diciembre de 2005 relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea, actuales arts. 101 y 102 del Tratado para el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), los arts. 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE, y el Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo (2005/C 325/07) (Comunicación de la CE).

En dicha Comunicación de la CE en su apartado 3 se establece que el término «acceso al expediente» se utilizará exclusivamente para designar el

*Maatschappij y otros/Comisión*, C-238/99 P, apartado 315, y Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004, *Aalborg Portland y otros/Comisión*, C-204/00 P, apartado 68.

<sup>12</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de julio de 2014, rec. 172/20013.

<sup>13</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de diciembre de 2011, rec. 756/2010.



acceso concedido a las personas, empresas y asociaciones de empresas a las que la CE ha enviado un pliego de cargos en calidad de destinatarias dentro de un procedimiento administrativo sancionador. En relación con el alcance de dicho acceso, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de febrero de 2014 excluyó del derecho de acceso a las partes de un procedimiento de aplicación del art. 81 del Tratado de la Comunidad Europea actual art. 101 del TFUE<sup>14</sup>:

«De ello resulta que no sólo las partes en un procedimiento de aplicación del art. 81 CE no disponen de un derecho de acceso ilimitado a los documentos obrantes en el expediente de la Comisión, sino que además los terceros, excepto los denunciantes, no disponen en dicho procedimiento del derecho de acceso a los documentos del expediente de la Comisión (véase, por analogía, la Sentencia *Comisión/Technische Glaswerke Ilmenau*, antes citada, apdo. 58)».

La finalidad de dicho acceso de acuerdo con dicha Comunicación de la CE, será posibilitar el ejercicio efectivo de los derechos de la defensa frente a los cargos presentados por el órgano instructor en los expedientes sancionadores (apdo. 7), mientras que el apartado 10 relativo a los documentos accesibles dispone que:

«Las partes deben poder tener conocimiento de la información que obra en el expediente de la Comisión, de tal modo que, basándose en la misma, puedan expresar efectivamente sus observaciones sobre las conclusiones preliminares planteadas por la Comisión en su pliego de cargos. A este efecto, se les concederá acceso a todos los documentos que integren el expediente de la Comisión, según se define en el punto 8, a excepción de los documentos internos, los secretos comerciales de otras empresas, así como de cualquier otra información confidencial».

Por otro lado, de acuerdo con lo dispuesto en la Comunicación de la CE, el derecho de acceso al expediente administrativo por presuntas infracciones de los arts. 101 y 102 del Tratado para el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) podrá así mismo restringirse total o parcialmente en lo relativo a los documentos internos del órgano instructor, así como en los documentos confidenciales compuestos por los secretos comerciales y otra información confidencial.

### 3. DOCTRINA DE LA AUTORIDAD ESPAÑOLA DE COMPETENCIA

La doctrina de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC en sus Resoluciones relativas al derecho de acceso y a las declaraciones de confidencialidad ha venido confirmando y completando la establecida por el Consejo de la CNC. En este sentido, es ya doctrina consolidada desde la Resolución del Consejo de la CNC de 27 de octubre de 2008 que el principio de confidencialidad no es en modo alguno un principio absolu-

<sup>14</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de febrero de 2014, C-365/12 P, apartado 87.

to de las partes interesadas, por cuanto vendrá matizado, atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto, por la obligación que tiene la parte solicitante de la confidencialidad de motivar tal petición y hacer probanza que los tales documentos «vienen sujetos y afectos a materias protegidas por el secreto comercial o industrial, de ahí que la simple cita conceptual no es requisito suficiente para acceder a su petición»<sup>15</sup>.

La solicitud de confidencialidad de una de las partes interesadas deberá valorarse bajo otros principios, igualmente tutelables a la par que contradictorios, como son el de la tutela de los intereses propios y el derecho de defensa sin producir indefensión, tanto a las otras partes traídas al expediente, como al órgano que deberá resolver la materia sujeta a expediente. Todo ello a fin de evitar que el órgano resolutorio pueda convertirse en el iter necesario al que se acojan las partes con fines espurios, especialmente en este concreto campo de la competencia «en orden a obtener informaciones de carácter estrictamente reservadas».

#### A. REQUISITOS PROCEDIMENTALES

En cumplimiento de lo establecido en los arts. 42 de la LDC y 20 del RDC, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC confirmó en su Resolución de 7 de febrero de 2014 la justificación explícita de los motivos por los que se solicita la confidencialidad de documentos incorporados al expediente administrativo<sup>16</sup>:

«[...] 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».

En relación con la necesaria motivación de las solicitudes de confidencialidad, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC estableció en dicha Resolución de 7 de febrero de 2014 la necesaria existencia de una justificación expresa al efecto, sin que ésta se pueda limitar a la aportación de una versión censurada del documento cuya confidencialidad solicita<sup>17</sup>:

«Ante esta ausencia, no ya de prueba sino de simple argumentación por parte de la recurrente, ni la DC en su informe, ni este Consejo en la presente resolución pueden considerar que exista secreto comercial alguno en la información controvertida, cuando su justificación se limita a la mera presentación de la versión censurada del documento conflictivo bajo la simple afirmación de su carácter confidencial al tratarse de un borrador comercialmente sensible que nunca se llegó a remitir a terceros».

En relación con la motivación de la confidencialidad solicitada por las partes, el Consejo de la CNC en su Resolución de 3 de febrero de 2012 es-

<sup>15</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 27 de octubre de 2008, R/0003/08, Trio Plus.

<sup>16</sup> Resoluciones de la Sala de Competencia de 7 de febrero de 2014, expte. R/0161/13, SBS, y de 2 de abril de 2014, expte. R/DC/0009/14, Europac.

<sup>17</sup> Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 7 de febrero de 2014, expte. R/0161/13, SBS.



tableció que una manifiesta falta de fundamentación de la confidencialidad solicitada, y en este caso recurrida, debe conducir a la desestimación del recurso sin entrar a analizar la controversia de fondo<sup>18</sup>:

«En el presente caso, el recurrente se limita a hacer una genérica mención a que los folios declarados como no confidenciales no guardan relación alguna con el objeto de la Investigación ordenada por la Dirección de Investigación de la CNC, sin que este Consejo conozca los concretos motivos por los que se efectúa dicha afirmación ni se le pueda exigir que los intuya, puesto que dicha función no puede considerarse comprendida dentro del correcto ejercicio de las facultades revisoras de los actos de la Dirección de Investigación que tiene encomendada».

En el mismo sentido el Consejo de la CNC también estableció la necesidad de realizar dicha motivación cuando alguna de las partes solicite el levantamiento de una parte de la confidencialidad acordada anteriormente por el órgano instructor. A modo de ejemplo las Resoluciones de 9 de julio, 17 de octubre y 14 de diciembre de 2012<sup>19</sup>:

«Situados en esta perspectiva, es en efecto carga de la parte recurrente argumentar que el proceso de razonamiento técnico y jurídico que condujo a la decisión administrativa no puede ser fiscalizado con el solo examen de la documentación no confidencial, sino que requiere forzosamente del estudio de la documentación protegida.

Si las razones suministradas al efecto revisten suficiente vigor desde la perspectiva de los derechos fundamentales a la defensa y a la tutela judicial efectiva, el levantamiento de la confidencialidad será jurídicamente obligado. Por el contrario, si no se expone de forma satisfactoria la necesidad de acceso al material confidencial, habrá de prevalecer el amparo que el Ordenamiento presta a la confidencialidad».

Como cuestión adicional para los supuestos en que la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC ha confirmado la no confidencialidad de determinada información en el ámbito de los expedientes sancionadores por presuntos incumplimientos de la LDC, dicha Sala reiteró en sus Resoluciones que el hecho de no declarar la confidencialidad pretendida no significa que estos datos se hagan públicos, puesto que siguen sometidos al deber de secreto de las partes establecido en el art. 43 de la LDC<sup>20</sup>:

«Por último, se recuerda que la información contenida en el expediente sancionador, aún la declarada no confidencial, sólo es accesible a los interesados en dicho expediente, por lo que el hecho de no declarar la confidencialidad pretendida por Europac no significa que estos datos se hagan

<sup>18</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 3 de febrero de 2012, expte. R/0087/11, Saneamientos Martínez.

<sup>19</sup> Resoluciones del Consejo de la CNC de 9 de julio de 2012, expte. R/0103/12, Oracle; de 17 de octubre de 2012, expte. R/0111/12, Oracle, y de 14 de diciembre de 2012, expte. R/0117/12, Mediaset.

<sup>20</sup> Resoluciones de la Sala de Competencia de la CNMC de 22 de noviembre de 2013, expte. R/0152/13, Transportes Antonio Belzunces; de 24 de enero de 2014, expte. R/015/13, Transportes Carlos; de 7 de febrero de 2014; expte. R/0161/13, SBS, y de 2 de abril de 2014, expte. R/DC/0009/14 Europac.

públicos, ya que siguen sometidos al deber de secreto establecido en el art. 43 de la LDC».

En relación con el momento temporal en que la confidencialidad puede ser solicitada, el art. 42 de la LDC establece la posibilidad de solicitarla en cualquier momento del procedimiento administrativo. No obstante, es práctica habitual del órgano instructor de la CNMC al notificar un requerimiento de información o al incorporar documentación al expediente procedente de las inspecciones realizadas, señalar expresamente la posibilidad de solicitar de forma motivada la confidencialidad ex art. 42 de la LDC, presentando en su caso, versión censurada de la citada información. En estos supuestos el Consejo de la CNC estableció en su Resolución de 22 de abril de 2013 que: «El momento oportuno para la solicitud quedará fijado al tiempo de dicha aportación»<sup>21</sup>.

No obstante lo anterior, la parte interesada podría solicitar la confidencialidad de la documentación aportada no en ese momento, sino en uno posterior, generando de esta manera un lapso temporal entre el momento de la aportación e incorporación al expediente y de la solicitud de la confidencialidad, en atención a lo recogido en el mencionado art. 42 de la LDC. En este supuesto de solicitudes de confidencialidad posteriores, se deberá constatar la existencia de una circunstancia sobrevenida que permita su justificación, tal y como reconoció el Consejo de la CNC en su Resolución de 22 de abril de 2013<sup>22</sup>:

«Así las cosas, si bien el carácter manifiestamente intempestivo de la solicitud no conduce necesaria y automáticamente a su denegación, sí debe constatarse si el lapso de tiempo descrito obedece a un hecho o circunstancia sobrevenida que permita su justificación».

En relación con esta posterior solicitud de confidencialidad, el Consejo de la CNC estableció en la citada Resolución de 22 de abril de 2013, que será imputable al propio sujeto la responsabilidad derivada por la publicidad de dicha información durante dicho lapso temporal<sup>23</sup>:

«En todo caso, al hilo de lo analizado en anteriores párrafos y en caso de una eventual estimación total o parcial del recurso, es enteramente imputable al propio sujeto la responsabilidad derivada por la publicidad de dicha información durante el lapso temporal referido, por cuanto nada hubiera impedido pedir al confidencialidad inicialmente, en fase de información reservada, de acuerdo con lo advertido en el requerimiento de la DI de 3 de julio de 2012».

Con el objetivo de analizar la confidencialidad de los documentos obrantes en el expediente sancionador, el Consejo de la CNC implantó en su Resolución del Consejo de la CNC de 22 de junio de 2011, habiendo

<sup>21</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 22 de abril de 2013, expte. R/0130/13, Palets Joan Martorell.

<sup>22</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 22 de abril de 2013, expte. R/0130/13, Palets Joan Martorell.

<sup>23</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 22 de abril de 2013, expte. R/0130/13, Palets Joan Martorell.



sido confirmado en Resoluciones posteriores de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, un análisis en tres etapas o triple examen, cuyo contenido será objeto de desarrollo en los siguientes apartados<sup>24</sup>:

1. En primer lugar, determinar si se trata efectivamente de secretos comerciales.
2. 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.
3. 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.

#### B. DOCUMENTACIÓN CONFIDENCIAL POR SU NATURALEZA DE SECRETO COMERCIAL

En relación con el primero de los puntos del triple análisis relativo a la naturaleza del secreto comercial, es sin duda la piedra angular de dicho análisis y la que ha generado mayor doctrina y jurisprudencia. La doctrina de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC ha venido utilizando mayoritariamente la definición que del mismo se realiza en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de diciembre de 2011, sobre la base del perjuicio derivado de su revelación<sup>25</sup>:

«[...] para que una información pueda calificarse de secreto comercial, se tiene que tratar de un información cuya divulgación pueda causarle un perjuicio grave».

Así mismo el Tribunal Supremo estableció que los secretos comerciales afectan decisivamente a la misma subsistencia de las empresas en un entorno competitivo y en tal medida adquieren acomodo dentro de los derechos fundamentales de la propiedad cuya divulgación pueda causarle un perjuicio grave<sup>26</sup>.

La Comunicación de la CE ha fundamentado así mismo la existencia de un secreto comercial sobre la base de los perjuicios derivados de su divulgación. Así en su apartado 18 se indica que:

«cuando la divulgación de información sobre la actividad económica de una empresa pueda causarle un perjuicio grave, dicha información tendrá carácter de secreto comercial (3). Como ejemplos de información que puede

<sup>24</sup> Resoluciones del Consejo de la CNC de 22 de junio de 2011, expte. R/0070/11, Grafoplas 2; de 29 de noviembre de 2011, expte. R/0080/11, Manipulado de papel; de 7 de febrero de 2013, exptes. R/0120/12, Aglolak y R/0121/12, Maderas José Saiz y de 18 de abril de 2013, expte. R/0131/13, Palets Joan Martorell 2.

<sup>25</sup> Resoluciones de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 24 de enero de 2014, expte. R/0158/13, Transportes Carlos; de 7 de febrero de 2014, expte. R/0161/13, SBS, y de 2 de abril de 2014, expte. R/DC/0009/14, Europac.

<sup>26</sup> Auto del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2006.

considerarse secreto comercial cabe citar la información técnica y/o financiera relativa a los conocimientos técnicos de una empresa, los métodos de evaluación de costes, los secretos y procesos de producción, las fuentes de suministro, las cantidades producidas y vendidas, las cuotas de mercado, los ficheros de clientes y distribuidores, la estrategia comercial, la estructura de costes y precios y la estrategia de ventas».

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea confirmó en su Sentencia de 27 de febrero de 2014 la existencia de determinada información comercial sensible de las partes interesadas relativa a las estrategias comerciales de las empresas implicadas, a los importes de sus ventas, a sus cuotas de mercado o a sus relaciones comerciales, de modo que el acceso a la misma en el marco del citado procedimiento podría perjudicar a la protección de los intereses comerciales de las empresas propietarias de dicha información<sup>27</sup>:

«Habida cuenta del objetivo de un procedimiento de aplicación del art. 81 CE, que consiste en comprobar si un cartel entre empresas es compatible con el mercado común, la Comisión puede obtener en el marco de dicho procedimiento información comercial sensible, relativa en particular a las estrategias comerciales de las empresas implicadas, a los importes de sus ventas, a sus cuotas de mercado o a sus relaciones comerciales, de modo que el acceso a los documentos del citado procedimiento puede perjudicar a la protección de los intereses comerciales de las mencionadas empresas».

Respecto al alcance de dicho perjuicio económico la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de septiembre de 1996 estableció que<sup>28</sup>:

«Los secretos comerciales son informaciones que no sólo no pueden divulgarse al público sino que incluso su mera comunicación a un sujeto de Derecho distinto del que ha suministrado la información puede perjudicar gravemente a los intereses de éste».

Por otro lado, en relación con los secretos comerciales, el Tribunal de Primera Instancia en su Sentencia de 12 de octubre de 2007 estableció una serie de requisitos configuradores de la documentación calificada como secreto comercial<sup>29</sup>:

«En general, respecto de la naturaleza de los secretos comerciales o de las otras informaciones amparadas por el secreto profesional es necesario, en primer lugar, que estos secretos comerciales o informaciones confidenciales sólo sean conocidos por un número restringido de personas. Además, debe tratarse de información cuya divulgación pueda causar un serio perjuicio a la persona que la ha proporcionado o a un tercero [sentencia *Postbank/Comisión*, citada en el apdo. 63 *supra*, apdo. 87, y véase también la Comunicación 2005/C 325/07 de la Comisión, de 22 de diciembre, relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los arts. 81 y 82 (CE), los arts. 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE, y el Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo (*DO C 325*, p. 7), puntos 3.2.1 y 3.2.2]. Por último, es necesario que los intereses que la di-

<sup>27</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de febrero de 2014, asunto C-365/12 P, apartado 79.

<sup>28</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de septiembre de 1996, asunto T-353/94.

<sup>29</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de octubre de 2007, asunto T-474/04, apartado 65.



vulgación de la información puede lesionar sean objetivamente dignos de protección».

Esta definición de secreto comercial sobre la base de la existencia de un perjuicio grave derivado de su divulgación en el ámbito del expediente administrativo implicará que las partes que soliciten la confidencialidad de determinada información, deberán especificar y/o justificar la existencia de un perjuicio grave generado por la divulgación de dicha información al resto de las partes interesadas en el expediente.

La justificación motivada del perjuicio grave provocado por la divulgación deberá ser realizada específicamente para todos y cada uno de los documentos cuya confidencialidad se solicita, sin que puedan utilizarse argumentaciones genéricas y de carácter global aplicable a la totalidad de documentos. A este respecto, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC consideró insuficiente en su Resolución de 24 de enero de 2014 las explicaciones genéricas aportadas por las partes interesadas del tipo «afectan decisivamente a la misma subsistencia de la empresa» o «que la afectación a su subsistencia es un daño irreparable para la empresa»<sup>30</sup>.

En el mismo sentido se pronunció la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC en su Resolución de 2 de abril de 2014, sin aceptar las referencias que de forma genérica sobre dicho perjuicio, al indicar que<sup>31</sup>:

«[...] una vez demostrado el carácter confidencial de los documentos anteriormente analizados, deviene indiscutible la concurrencia de perjuicio irreparable a los legítimos intereses comerciales de Europa en caso de que, previa desestimación del presente recuso, se incorporen dichos documentos de manera íntegra al expediente administrativo» o «la revelación a los demás interesados en el expediente de información que reúna los requisitos para ser declarada confidencial conforme al art. 42 LDC no sólo produce automáticamente un perjuicio económico al titular de dicha información, sino que además dicho perjuicio es irreparable por cuanto no es susceptible de reparación mediante ulteriores recursos».

La Sala de Competencia del Consejo CNMC estableció en su Resolución de 7 de febrero de 2014 que la justificación de la parte interesada sobre el perjuicio grave que le supondría la divulgación del pretendido secreto comercial debería realizarse tanto en la solicitud realizada en el expediente de referencia, como en los escritos presentados en el ámbito de un eventual recurso administrativo contra la denegación del carácter confidencial<sup>32</sup>.

Por otro lado, la necesidad de la parte solicitante de motivar la existencia de un perjuicio derivado de la divulgación de un secreto comercial deberá de realizarse indistintamente de lo recogido en el art. 47 de la LDC sobre la posibilidad de recurrir las Resoluciones y Actos administrativos

<sup>30</sup> Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 24 de enero de 2014, expte. R/0158/13, Transportes Carlos.

<sup>31</sup> Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 2 de abril de 2014, expte. R/DC/0009/14, Europac.

<sup>32</sup> Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 24 de enero de 2014, R/0158/13, Transportes Carlos.

que produzcan «indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos».

Puesto que como la propia Sala de Competencia del Consejo de la CNMC ha recordado en la mayoría de sus Resoluciones recaídas al respecto citando la doctrina del Tribunal Constitucional, el perjuicio irreparable al que se refiere el art. 47 de la LDC es<sup>33</sup>:

«[...] 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).

Dicha distinción ha sido resaltada por el Consejo de la CNMC en sus Resoluciones al señalar que la empresas recurrentes de actos denegatorios de la confidencialidad «no sólo no justifica el perjuicio económico que le podría causar la divulgación de los correos controvertidos entre las partes del expediente, como afirma la DC; sino que no justifica ningún perjuicio irreparable, sea o no económico»<sup>34</sup>.

Sobre la base de este concepto de secreto comercial basado en la existencia de un perjuicio económico derivado de su difusión, el órgano instructor de los expedientes sancionadores por infracciones previstas en la LDC ha declarado la confidencialidad de información técnica y/o financiera relativa a los conocimientos técnicos de una empresa, los métodos de evaluación de costes, los secretos, procesos, métodos y/o activos de producción, las fuentes de suministro, las cantidades producidas y vendidas, los datos exactos relativos a las cuotas de mercado, los ficheros, listados o datos concretos de clientes, distribuidores y/o proveedores, la estrategia comercial, la estructura/listados o datos concretos de costes y precios, la estrategia de ventas o los volúmenes de ventas.

En este sentido el Consejo de la CNMC ha confirmado el carácter confidencial de determinada información por su condición de secreto comercial. Así en su Resolución de 2 de abril de 2014 de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC reconoció el carácter confidencial de la identidad de los clientes y de los datos relativos a la oferta comercial como secreto comercial de la empresa solicitante<sup>35</sup>:

«A la vista de estas alegaciones, este Consejo resuelve aceptar la confidencialidad de los datos relacionados exclusivamente con la identidad de los clientes mencionados en los distintos correos de la cadena que, en todo caso, podría levantarse durante la instrucción del expediente si resultara necesaria para el esclarecimiento de los hechos.

Asimismo se extiende esta declaración de confidencialidad a los datos relativos a la oferta comercial de Europac solicitados por la recurrente pre-

<sup>33</sup> Resoluciones de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 24 de enero de 2014, R/0158/13, Transportes Carlos; de 7 de febrero de 2014; expte. R/0161/13, SBS y de 2 de abril de 2014, expte. R/DC/0009/14, Europac.

<sup>34</sup> Resoluciones de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 24 de enero de 2014, R/0158/13, Transportes Carlos, y de 7 de febrero de 2014, expte. R/0161/13, SBS.

<sup>35</sup> Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 2 de abril de 2014, expte. R/DC/0009/14, Europac.



sentes en el correo fechado el 18 de octubre de 2012 a las 9:08, e igualmente a los datos relativos a dicha oferta incluidos en las respuestas sucesivas al mismo».

Por otra parte, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC ha confirmado en alguna de sus Resoluciones la denegación del carácter confidencial de determinada información por carecer de la condición de secreto comercial de la empresa solicitante por tratarse de información sin contener datos sobre precios aplicados o nombres de clientes<sup>36</sup>.

El Consejo de la CNC a lo largo de sus Resoluciones entre 2008 y 2013 denegó la no confidencialidad por no constituir secreto comercial de la empresa solicitante, los siguientes supuestos:

- a) Estimaciones internas sobre la actividad económica realizada por la empresa y sus competidores, sin justificar la fuente ni el método de trabajo con el que se han elaborado<sup>37</sup>.
- b) Comunicaciones de una Asociación a sus asociados sobre aspectos tratados en el ámbito de la misma<sup>38</sup>.
- c) Identidad de clientes y terceros ajenos a la empresa solicitante que proporcionan a la citada empresa información comercial de empresas competidoras<sup>39</sup>.
- d) Información relativa a licitaciones públicas, como tablas de adjudicación, comunicaciones entre los miembros de una UTE sobre detalles de la licitación y oferta económica a presentar<sup>40</sup>.
- e) Documentación de naturaleza anónima<sup>41</sup>.
- f) Contenido de cartas comerciales a clientes comunicándoles únicamente el porcentaje de incremento en el precio de sus productos y/o servicios en un fecha determinada, pero sin revelar los precios ofrecidos a dicho cliente<sup>42</sup>.
- g) Tablas con las cuotas de mercado de los principales competidores, sin especificar ni la fuente ni el procedimiento de obtención<sup>43</sup>.
- h) Información propiedad de una empresa sin haber sido divulgada fuera de ella, sin que la ausencia de divulgación equivalga a la consideración de secreto comercial<sup>44</sup>.

<sup>36</sup> Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 2 de abril de 2014, expte. R/DC/0009/14, Europac.

<sup>37</sup> Resoluciones del Consejo de la CNC de 23 de junio de 2010, expte. R/039/10, Hormigón y Productos Relacionados, y de 27 de julio de 2010, expte. R/043/10, Cementos Portland Valderrivas.

<sup>38</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 16 de junio de 2010, expte. R/042/10, Bombas Caprari.

<sup>39</sup> Resoluciones del Consejo de la CNC de 27 de enero de 2011, expte. R/058/10, CTT, y de 18 de abril de 2013, expte. R/0135/13, Serradora Boix.

<sup>40</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 27 de enero de 2011, expte. R/058/10, CTT Stronghold 2, confirmada por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de diciembre de 2011, rec. 125/2011.

<sup>41</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 27 de enero de 2011, expte. R/058/10, CTT Stronghold 2.

<sup>42</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 22 de junio de 2011, expte. R/070/11, Grafoplas 2.

<sup>43</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 22 de febrero de 2012, expte. R/091/11, Esselte.

<sup>44</sup> Resoluciones del Consejo de la CNC de 22 de febrero de 2012, R/091/11, Esselte, y de 27 de febrero de 2012, expte. R/0092/11, Sam.

- i) Contratos de compraventa y cesión de derechos de propiedad industrial, de formalización de pactos y compromisos mutuos y de licencia no exclusiva de derechos de propiedad industrial entre competidores directos en un mercado<sup>45</sup>.
- j) Nombres de personas físicas y jurídicas y correos electrónicos de terceras personas físicas y jurídicas distintas de las partes incoadas<sup>46</sup>.
- k) Identidad de los socios de una entidad mercantil<sup>47</sup>, así como porcentaje de su capital social<sup>48</sup>.

En relación con la información relativa a la estructura corporativa de las personas jurídicas, el Consejo de la CNC estableció en su Resolución de 22 de abril de 2013 que el hecho de que la legislación no obligue a inscribir determinada información en el Registro Mercantil no implica, *a sensu contrario*, que esa información deba ser considerada confidencial de forma automática<sup>49</sup>:

«pues o bien se trata de información pública a la que se puede acceder mediante consulta en el Registro Mercantil, o bien, si no fuese directamente accesible mediante consulta en el Registro Mercantil, no se aprecia ningún perjuicio derivado de su conocimiento ni el recurren razona o explica dicho daño».

La información considerada como secreto comercial deberá serlo de la propia empresa solicitante y no de terceras partes, tal y como reconoce el apartado 22 de la Comunicación de la CE<sup>50</sup>:

«Por lo general, las solicitudes de confidencialidad sólo pueden referirse a la información facilitada a la Comisión por la misma persona o empresa solicitante y no a información procedente de cualquier otra fuente».

Este criterio relativo a la denegación de la naturaleza de secreto comercial de determinada documentación por tratarse de información ajena a la empresa solicitante ya fue recogido por el Consejo de la CNC en numerosas Resoluciones, como la de 27 de enero de 2011<sup>51</sup>:

«[...] la confidencialidad regulada en el art. 42 LDC pretende proteger, entre otros aspectos, los secretos comerciales propios de una empresa pero no, salvo una explicación razonable de su origen, la información comercial de empresas competidoras en poder de la empresa investigada».

<sup>45</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 27 de febrero de 2012, expte. R/0092/11, Sam.

<sup>46</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 22 de marzo de 2012, expte. R/096/11, Eltc.

<sup>47</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 12 de septiembre de 2012, expte. R/0106/12, Carpa Dorada.

<sup>48</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 22 de abril de 2013, expte. R/0130/13, Palets Joan Martorell.

<sup>49</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 22 de abril de 2013, expte. R/0130/13, Palets Joan Martorell.

<sup>50</sup> Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 2 de abril de 2014, expte. R/DC/0009/14, Europac.

<sup>51</sup> Resoluciones del Consejo de la CNC de 27 de enero de 2011, expte. R/058/10, CTT Stronghold 2; de 16 de septiembre de 2011; expte. R/0077/11, Envel, y de 18 de abril de 2013; expte. R/0135/13, Serradora Boix.



Y posteriormente confirmado por la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC en sus Resoluciones, como la recaída el 24 de enero de 2014 o el 2 de abril de 2014<sup>52</sup>:

«Adicionalmente el análisis de los citados documentos permite concluir que, en dos ocasiones, la información controvertida no es información propia de Transportes Carlos sino información procedente de otras empresas compartida con la recurrente».

«[...] no se trata de información propia de Europac sino de un precio ofrecido por una empresa diferente, Saica. Por ello, no le resulta aplicable lo dispuesto en dicho párrafo 23 de la Comunicación, que concreta que la información debe de referirse a la propia empresa que solicita la confidencialidad (“información relativa a una empresa”)

### C. OTRA INFORMACIÓN CONFIDENCIAL

Junto con los secretos comerciales, existe otro tipo de documentación que sin contar con dicha naturaleza, el Consejo de la CNMC ha confirmado su carácter confidencial sobre la base de lo establecido en el apartado 19 de la Comunicación de la CE relativa a otro tipo de información cuya revelación perjudicaría a una persona o empresa:

«La categoría adicional denominada “otra información confidencial” incluye información distinta de los secretos comerciales que pueda considerarse confidencial en la medida en que su revelación perjudicaría significativamente a una persona o empresa. En función de las circunstancias específicas de cada caso, esto puede aplicarse a la información proporcionada por terceras partes sobre empresas que permita a éstas ejercer presiones de carácter económico o comercial muy fuertes sobre sus competidores o sobre sus socios comerciales, clientes o proveedores. Por tanto, el concepto de otra información confidencial puede incluir la información que permita a las partes identificar a los denunciantes o a otros terceros cuando estos deseen de forma justificada permanecer en el anonimato».

En este sentido en la Resolución del Consejo de la CNC de 2 de octubre de 2013 se confirmó la confidencialidad de la identidad del remitente de un correo electrónico que sin tener la consideración de denunciante informaba de la existencia de determinados hechos, sin que esto genere indefensión a las partes del expediente<sup>53</sup>:

«A la vista de estos hechos debe considerarse que el expediente sancionador S/0454/12, Transporte frigorífico, se ha incoado como consecuencia, esencialmente, de la información recabada en las inspecciones citadas en los antecedentes de hecho y en los requerimientos de información remitidos a asociaciones y empresas por parte de la DI. En consecuencia no existe denuncia alguna en dicho expediente sancionador de la que dar traslado, o que en última instancia, pueda generar, en cuanto al desconocimiento de la identidad del “inexistente” denunciante, indefensión de ningún tipo.

<sup>52</sup> Resoluciones de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 24 de enero de 2014, expte. R/015/13, Transportes Carlos, y de 2 de abril de 2014, expte. R/DC/0009/14, Europac.

<sup>53</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 2 de octubre de 2013, expte. R/0147/13, Atfrie.

[...] No obstante, incluso en el caso de que los citados correos de 2 y 14 de octubre de 2012 pudieran ser considerados una denuncia, la confidencialidad de su remitente tampoco podría generar la indefensión aducida por Atríe ya que en los procedimientos administrativos y, particularmente, en los expedientes sancionadores de competencia, no existe un derecho absoluto a conocer la identidad del denunciante. No discute este Consejo, ni lo hacía la DI, la existencia de un derecho general a conocer la identidad del denunciante en los procedimientos sancionadores. Sin embargo, como en muchas otras ocasiones, este derecho no carece de límites y puede afectar a otros derechos también protegidos. En tal caso habrá que ponderar la situación concreta para ver cuál de los dos derechos debería prevalecer, si el derecho de defensa del denunciado y su necesidad de conocer la identidad del denunciante o la prevalente protección de derechos o intereses legítimos del denunciante».

En sentido contrario, el Consejo de la CNC entendió en su Resolución de 26 de septiembre de 2013 entendió que la identidad de las empresas con las que se mantuviesen operaciones comerciales, el hecho de la existencia de diferentes condiciones comerciales pactadas con cada una de ellas, así como posibles situaciones conflictivas en el marco de las mismas, no podrían ser objeto de confidencialidad sobre la base de lo establecido en el apartado 19 de la Comunicación de la CE<sup>54</sup>.

#### D. DOCUMENTACIÓN NO CONFIDENCIAL POR SU PREVIA DIFUSIÓN

En relación con el segundo de los puntos del triple análisis relativo a la pérdida del carácter confidencial por la previa difusión del presunto secreto comercial, el Consejo de la CNMC en su Resolución de 24 de enero de 2014 recogió dicha argumentación haciendo referencia a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de diciembre de 2011:

«No obstante, incluso aunque la misma pudiera considerarse secreto de negocio, como ya se ha señalado anteriormente, su intercambio entre empresas competidoras en el mercado del transporte frigorífico habría producido la pérdida de ese carácter confidencial desde el momento en que la misma se divulgó libremente». A ello hizo referencia la Audiencia Nacional en su Sentencia de 2 de diciembre de 2011 en los siguientes términos «que sea confidencial [ya que ello] requiere previamente que se trate de información no divulgada o secreta, es decir, que no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en el sector en el que se utiliza ese tipo de información».

Sobre la pérdida del carácter confidencial por la difusión previa de dicha información entre los competidores, la Comunicación de la CE establece en su párrafo 23:

«que no se considerará, en principio, confidencial la información relativa a una empresa que ya se conozca fuera de la empresa (o, tratándose de un grupo, fuera de éste) o fuera de la asociación a la que lo haya comunicado la empresa en cuestión».

<sup>54</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 26 de septiembre de 2013, expte. R/0150/13, SGAE.



Sobre la autoría de la difusión previa de la información cuya confidencialidad se discute, el Consejo de la CNMC estableció en su Resolución de 2 de abril de 2014 la no necesidad de que dicha difusión haya sido realizada por la propia empresa titular de la información<sup>55</sup>:

«Adicionalmente el mencionado párrafo 23 de la Comunicación afirma expresamente “No se considerará, en principio, confidencial la información relativa a una empresa que ya se conozca fuera de la empresa”. Esto es, en ningún momento se afirma que para que una información no sea considerada como confidencial deba de haber sido difundida por la propia empresa titular de la misma, simplemente se indica que la misma ha de ser conocida fuera de la empresa sin hacer referencia a quién se atribuye dicha difusión [...].

Por tanto, en la medida en que se trata de un dato conocido fuera de [...] y externo en tanto que no perteneciente a la recurrente, en aplicación a lo dispuesto en el párrafo 23 de la Comunicación, no es posible considerar confidencial el precio referido a la bajada de precios por parte de (tercera empresa)».

La Sala de Competencia de la CNMC también ha considerado en sus Resoluciones la pérdida del carácter confidencial por la difusión previa de su contenido. Así en su Resolución de 24 de enero de 2014 descartó la naturaleza de secreto comercial de la información recogida en un correo electrónico enviado a diversos directivos de empresas competidoras, entre ellos un directivo de la empresa solicitante de confidencialidad, así como el documento adjunto al mismo<sup>56</sup>.

Este mismo criterio se venía aplicando por el Consejo de la CNC en sus Resoluciones entre los años 2008 a 2013, indicándose a continuación algunos de los supuestos contemplados, coincidiendo todos ellos en la existencia de una previa difusión de la información controvertida, que impedía su consideración como secreto comercial:

- a) Reuniones comerciales y tablas de clientes con las estrategias de los competidores<sup>57</sup>.
- b) Información sobre licitaciones públicas en correos con empresas competidoras<sup>58</sup>.
- c) Anotaciones manuscritas realizadas durante las reuniones de una asociación a la que pertenecen el resto de empresas incoadas<sup>59</sup>.
- d) Correos electrónicos entre competidores remitiendo información difundida por una asociación<sup>60</sup>.

<sup>55</sup> Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 2 de abril de 2014, expte. R/DC/0009/14, Europac.

<sup>56</sup> Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 24 de enero de 2014, expte. R/015/13, Transportes Carlos.

<sup>57</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 19 de septiembre de 2013, expte. R/0146/13, Lantero Cartón.

<sup>58</sup> Resoluciones del Consejo de la CNC de 27 de enero de 2011, expte. R/058/10, CTT Stronghold 2, confirmada por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de diciembre de 2011, rec. 125/2011, y de 16 de mayo de 2011, expte. R/064/11, CTT Stronghold 3.

<sup>59</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 22 de junio de 2011, expte. R/070/11, Grafoplas 2.

<sup>60</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 18 de abril de 2013, expte. R/0135/13, Serradora Boix.

- e) Correos electrónicos internos con valoraciones o informaciones sobre la política comercial de una empresa competidora<sup>61</sup>.
- f) Información sobre empresas competidoras como denominación, ubicación, matrices, existencia de centros de producción así como apreciaciones subjetiva sobre la calidad de los productos de sus competidores y sus precios<sup>62</sup>.

#### E. DOCUMENTACIÓN NO CONFIDENCIAL POR SU NECESIDAD PARA FIJAR LOS HECHOS OBJETO DEL PROCEDIMIENTO

Finalmente el tercero de los puntos del análisis hace referencia a aquellos documentos que aun pudiendo ser considerados secretos comerciales, pierden su carácter confidencial al ser necesarios para fijar los hechos objeto del procedimiento, así como para garantizar el derecho de defensa a los imputados. En este sentido el párrafo 24 de la Comunicación de la CE establece la posibilidad de revelar determinada documentación confidencial en la medida en que se considere documentación necesaria para probar una presunta infracción (documento incriminatorio) o para exculpar a una parte (documento exculpatorio), teniendo, no obstante, que evaluar una serie de elementos relativos a la importancia de la información a los efectos probatorios, su carácter imprescindible, su grado de delicadeza y su gravedad.

La imposibilidad de considerar la confidencialidad como un impedimento para la instrucción del expediente ya fue introducido por el Consejo de la CNC en su Resolución de 27 de octubre de 2008, indicando que<sup>63</sup>:

«[...] La confidencialidad no puede convertirse en un impedimento impeditivo para la averiguación de los hechos y la calificación de las conductas, como exigencia de disponer de los conocimientos mínimos y ‘suficientes, imprescindibles, por parte de los terceros de los elementos que fundamentan su solicitud [...]. De ahí que deba ponderarse a la hora de decidir sobre. La confidencialidad los principios puestos en juego “atendiendo a las circunstancias de cada concreto caso y siempre motivadamente”».

En relación a este punto la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC ha confirmado en sus Resoluciones, como la de 2 de abril de 2014, en sintonía con las anteriores Resoluciones del Consejo de la CNC<sup>64</sup>, la improcedencia de declarar confidencial determinada documentación en la medida en que se trataba de información necesaria para probar los hechos objeto del expediente sancionador<sup>65</sup>:

<sup>61</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 18 de abril de 2013, expte. R/0135/13, Serradora Boix.

<sup>62</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 24 de septiembre de 2013, expte. R/0145/13, Cartonajes Santorromán.

<sup>63</sup> Resoluciones del Consejo de la CNC de 27 de octubre de 2008, expte. R/003/08, Trio Plus, y de 27 de enero de 2011, expte. R/058/10, CTT Stronghold 2.

<sup>64</sup> Resoluciones del Consejo de la CNC de 18 de abril de 2013, expte. R/0131/13, Palets Joan Martorell 2 y de 22 de abril de 2013, expte. R/0130/13, Palets Joan Martorell.

<sup>65</sup> Resolución de la Sala /0131/13, Palets Joan Martorell 2, Resolución de 18 de abril de 2013 del Consejo de la CNMC de 2 de abril de 2014, expte. R/DC/0009/14, Europac.



«En este sentido, se recuerda que la instrucción de un procedimiento constituye el conjunto de actos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución. Por tanto, en la medida en la que el órgano instructor considera que estos datos pueden probar intercambios de información entre competidores, dado que la información que obra en el expediente indica que los clientes que aparecen en los correos son también competidores de Europac en el mercado aguas debajo de fabricación y transformación de cartón ondulado, se considera que dicha información es útil para la instrucción del procedimiento en tanto que puede ayudar a discernir si las conductas que se investigan se están llevando a cabo o no, pues como dice la propia recurrente, todos los operadores que aparecen en este correo “confirman la información sobre el incremento de precios de Saica”.

[...] Pero, además, como indica la DC, se trata de información relevante para la investigación en la medida en que puede aclarar los hechos que se investigan y discernir acerca de una posible infracción de la LDC. En consecuencia, en función de lo señalado en el párrafo 24 de la Comunicación, no procede considerar confidencial esta información».

El Consejo de la CNC a la hora de aplicar este tercer criterio, denegando la naturaleza de secreto comercial y por tanto su carácter confidencial, por ser información necesaria para fijar los hechos objeto del procedimiento, valoró especialmente que los documentos objeto de análisis presentasen cierta concordancia con otros documentos similares o idénticos incorporados al expediente de referencia procedentes de distintas fuentes<sup>66</sup>.

#### F. DOCUMENTACIÓN NO CONFIDENCIAL POR SU ANTIGÜEDAD Y LO ESTABLECIDO EN DISPOSICIONES NORMATIVAS

La doctrina del anterior Consejo de la CNC y de la actual Sala de la Competencia del Consejo de la CNMC ha denegado el carácter confidencial de otra serie de documentos sobre la base de diversos motivos distintos a su naturaleza de secreto comercial, como la antigüedad del documento, o por lo establecido en disposiciones normativas de rango legal.

##### a) *Antigüedad de la documentación*

En relación con el primero de los puntos, la doctrina nacional y comunitaria consideran que el transcurso del tiempo trae consigo que determinada información que en un primer momento podía considerarse confidencial por su consideración de secreto comercial deje de serlo ya que, por su antigüedad, no corresponde a la situación actual de una empresa o sector económico, que se encuentra en constante adaptación a las circunstancias económicas y comerciales del mercado, variables a lo largo del tiempo.

<sup>66</sup> Resoluciones del Consejo de la CNC de 16 de septiembre de 2011, expte. R/0077/11, Envel, y de 16 de febrero de 2012, expte. R/090/11, Envel 2.

La Comunicación de la CE ha señalado al respecto en su párrafo 23 que:

«no se considerará, en principio, confidencial la información relativa a una empresa que ya se conozca fuera de la empresa (o, tratándose de un grupo, fuera de éste) o fuera de la asociación a la que lo haya comunicado la empresa en cuestión (3). La información que haya perdido su importancia comercial, por ejemplo debido al paso del tiempo, ya no podrá considerarse confidencial. Por regla general, la Comisión presume que la información referente al volumen de negocios de las partes y a las ventas, los datos sobre cuotas de mercado y las informaciones similares que tengan más de cinco años han dejado de ser confidenciales».

No obstante lo anterior, el Tribunal General ha establecido en alguna de sus Sentencias, como la de 22 de mayo de 2012, en sintonía con lo acordado en anteriores sentencias, la imposibilidad de generar una regla estricta al respecto<sup>67</sup>:

«Acerca de ello, hay que observar que, como afirma fundadamente la Comisión, no cabe aplicar una regla estricta según la cual debe considerarse que toda información referida a hechos de cierta antigüedad ya no afecta a los intereses comerciales de la sociedad a la que se refiere. No obstante, como se ha indicado en el apartado 139 *supra*, el hecho de que las informaciones referidas hayan alcanzado cierta antigüedad eleva la probabilidad de que los intereses comerciales de las sociedades afectadas ya no serán afectados en un grado tal que justifique la aplicación de una excepción al principio de transparencia expresado en el Reglamento núm. 1049/2001».

En el mismo sentido el Tribunal de Primera instancia estableció en su Sentencia de 1 de julio de 2009 que el Órgano instructor estará obligado a realizar un análisis concreto e individualizado de todos los documentos cuya confidencialidad se solicita, incluyendo los de una antigüedad elevada, pues los términos «por regla general» y «presume» recogidos en el apartado 23 de la Comunicación de la CE excluyen todo automatismo en la calificación de un documento con más de cinco años de antigüedad<sup>68</sup>.

En relación con la antigüedad de la documentación, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC en sus Resoluciones, como la de 22 de noviembre de 2013, denegó la naturaleza de secreto comercial a la identidad de los clientes, puesto que como la propia parte interesada había reconocido, que el transcurrir del tiempo había provocado la inestabilidad de las condiciones comerciales, perdiendo su relevancia comercial<sup>69</sup>:

«Por tanto, el transcurso del tiempo trae consigo el que determinada información que, en un primer momento, podía considerarse confidencial deje de serlo ya que, por su antigüedad, no refleja la situación actual de una empresa o sector económico debido a la constante adaptación a las circunstancias económicas y comerciales del mercado a que los mismos se ven sometidos, variables a lo largo del tiempo».

<sup>67</sup> Sentencia del Tribunal General de 22 de mayo de 2012, expte. T-344/08, apartado 142.

<sup>68</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 1 de julio de 2009, T-24/07, apartado 260.

<sup>69</sup> Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC de 22 de noviembre de 2013, expte. R/0152/13, Transportes Antonio Belzunces.



Este mismo argumento fundamentado en la pérdida de la relevancia comercial por el transcurso del tiempo ya había sido empleado con anterioridad en numerosas Resoluciones del Consejo de la CNC, entre otras, la recaída el 23 de junio de 2010 sobre las ofertas presentadas a unos clientes<sup>70</sup>, el 16 de septiembre de 2011 sobre unos correos electrónicos remitidos a terceros competidores<sup>71</sup>, el 5 de diciembre de 2011 relativa a unas anotaciones manuscritas<sup>72</sup>, el 7 de febrero de 2013 sobre listado de precios de venta de productos<sup>73</sup>, el 7 de febrero de 2013 sobre los datos identificativos de los clientes principales y listado de los precios de venta<sup>74</sup> o el 19 de septiembre de 2013 sobre las actas manuscritas con una empresa proveedora, anotaciones, cuadros de aprovisionamiento y compras de *inputs*<sup>75</sup>.

En relación a dicho aspecto temporal en alguno expedientes sancionadores las partes alegaron la imposibilidad de aplicar esta cláusula relativa a la pérdida de la naturaleza confidencial, señalando que la estructura del mercado no había variado desde el momento en que dichos documentos fueron elaborados, por lo que el transcurso del tiempo no había eliminado la relevancia comercial y su naturaleza como secreto comercial. En relación con esta alegación, la Resolución del Consejo de la CNC de 19 de septiembre de 2013 estableció que dicha afirmación debía de venir acompañada de «cualquier tipo de argumentación, razonamiento, apoyo fáctico o prueba en su favor»<sup>76</sup>.

#### b) *Disposiciones normativas de rango legal*

En relación a la denegación de la naturaleza confidencial por lo establecido en determinadas disposiciones normativas de rango legal, el Consejo de la CNC denegó en su Resolución de 28 de diciembre de 2011 el carácter confidencial de la identidad de los titulares de los órganos de gobierno y de los miembros de una Asociación por lo establecido en los arts. 28.1 y 29 de la Ley Orgánica 11/2002, de Asociaciones, de 22 de marzo<sup>77</sup>:

«El carácter confidencial de la identidad de los miembros de la Asociación no puede predicarse en ningún caso respecto de los promotores de la misma ni respecto de los titulares de órganos de gobierno (arts. 28.1 y 29 de la Ley Orgánica 11/2002, de Asociaciones, de 22 de marzo)».

En relación con el tratamiento de los datos personales que se produce en el procedimiento sancionador o la cesión de los mismos que se produ-

<sup>70</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 23 de junio de 2010, expte. R/039/10, Hormigones y productos relacionados.

<sup>71</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 16 de septiembre de 2011, expte. R/0077/11, Envel.

<sup>72</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 5 de diciembre de 2011, expte. R/0080/11, Manipulado de papel.

<sup>73</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 7 de febrero de 2013, expte. R/0120/12, Aglolak.

<sup>74</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 7 de febrero de 2013, expte. R/0121/12, Maderas José Sáiz.

<sup>75</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 19 de septiembre de 2013, expte. R/0146/13, Lantero Cartón.

<sup>76</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 19 de septiembre de 2013, expte. R/0146/13, Lantero Cartón.

<sup>77</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 28 de diciembre de 2011, expte. R/0084/11, Eltc 3.

ce al facilitar copia del expediente, estarían regulados por lo establecido en los arts. 6.2 y 11 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos (LOPD). En el primero de estos artículos se establece la exención de la prestación del consentimiento inequívoco del afectado cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias. Por tanto, el tratamiento y la cesión de datos en el marco del expediente sancionador por la CNMC quedarían amparados por lo establecido en la LOPD, puesto que el tratamiento y cesión de los datos personales se realiza en cumplimiento de las funciones que en materia de defensa de la competencia atribuye la LDC a la CNMC así como el respeto de las garantías constitucionales derivadas del derecho de defensa.

En relación con dichos datos de naturaleza personal, el Consejo de la CNC en su Resolución de 22 de marzo de 2012 estableció la necesidad de disociación de los datos personales que sean necesarios con carácter previo a la publicación de la Resolución por el Consejo, de acuerdo con lo previsto en la LOPD<sup>78</sup>:

«Por otro lado, cabe decir adicionalmente, que los correos electrónicos objeto de controversia únicamente podrán ser conocidos por las otras partes del expediente, pero, y enlazando con una de las pretensiones de la recurrente, no se someterá a juicio público el buen nombre de los intervinientes puesto que la publicación de la resolución que el Consejo adopte en el marco del expediente se llevará a cabo previa disociación de los datos personales que sean necesarios de acuerdo con lo previsto en la LDC y en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. De otro modo, la disociación durante la fase de tramitación del expediente impediría el objeto de la misma».

#### G. DOCUMENTACIÓN NO CONFIDENCIAL POR TRATARSE DE DOCUMENTACIÓN INTERNA

En relación con los documentos de carácter interno que no forman parte del expediente administrativo, la Comunicación de la CE estableció en su apartado 12 su consideración de no accesible:

«Los documentos internos no pueden ser inculpativos ni exculpativos. No forman parte de las pruebas en las que puede basarse la Comisión en su apreciación de un asunto. Así pues, no se concederá a las partes acceso a los documentos internos que figuren en el expediente de la Comisión».

La Comunicación de la CE establece en su apartado 15 una serie de supuestos de documentos internos no accesibles en el ámbito del derecho al acceso al expediente, entre los que se citan:

- a) La correspondencia entre la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros, o entre estas últimas.

<sup>78</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 22 de marzo de 2012, expte. R/096/11, Eltc.



- b) La correspondencia entre la Comisión y otras autoridades públicas de los Estados miembros.
- c) La correspondencia entre la Comisión y los autoridades públicas de terceros países, incluidas sus autoridades de competencia, en especial cuando la Comunidad y un tercer país hayan concluido un acuerdo que rija la confidencialidad de la información intercambiada.

En este sentido la Audiencia Nacional en su Sentencia de 29 de mayo de 2013 ha confirmado la limitación del derecho de acceso de las partes con respecto a los documentos internos elaborados o consultados por el órgano instructor durante la instrucción del expediente sobre la base de lo dispuesto en la Comunicación de la CE<sup>79</sup>:

«El derecho de acceso lo es al expediente, y los documentos a los que hace referencia la actora no forman parte del expediente; la empresa interesada ha podido exponer de modo útil su punto de vista sobre la realidad y la pertinencia de los hechos y las circunstancias alegados y sobre los documentos que la CNC tuvo en cuenta para fundamentar su resolución.

La CNC dio a la recurrente acceso a todos los documentos incluidos en el expediente excepto los relativos a secretos comerciales de las empresas y otros documentos declarados confidenciales por contener datos pertenecientes a la actividad económica de los competidores».

#### H. CONFIDENCIALIDAD DE LA SOLICITUD DE CLEMENCIA (ARTS. 65 Y 66 LDC)

En relación con la confidencialidad de una solicitud de exención del pago y/o de reducción del importe de la multa presentada ante la Dirección de Competencia sobre la base de lo establecido en los arts. 65 y 66 LDC, el art. 51 del RDC dispone en su apartado primero el tratamiento confidencial de dicha documentación:

«1. La Comisión Nacional de la Competencia 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».

No obstante, dicha confidencialidad no se establece con carácter permanente, pues el art. 51 en sus puntos 2 y 3 dispone el levantamiento de la misma tras la notificación del pliego de concreción de hechos a las partes interesadas, para el adecuado ejercicio de sus derechos de defensa:

«2. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 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. 3. Sin perjuicio de lo previsto en el apartado anterior, no se pondrán obtener copias de cualquier declara-

<sup>79</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de mayo de 2013, rec. 715/2011.

ción del solicitante de exención o de reducción del importe de la multa que haya sido realizada por éste de forma específica para su presentación junto con la correspondiente solicitud».

En relación a esta materia el Consejo de la CNC estableció en su Resolución de 22 de mayo de 2009, la única que hasta la fecha ha tratado el asunto, el alcance de la confidencialidad acordada con respecto a la documentación aportada por el solicitante de exención del pago y/o reducción del importe de la multa<sup>80</sup>:

«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 sólo 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».

En la misma Resolución de 22 de mayo de 2009 el Consejo de la CNC valoró el momento temporal del levantamiento de dicha confidencialidad, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 51, puntos 2 y 3 del RDC<sup>81</sup>:

«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 art. 50.3 de la LDC, es en el PCH donde se procede a determinar los hechos imputados y, por 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 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 aquella 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».

El levantamiento de la confidencialidad de la documentación presentada en una solicitud de exención del pago y/o reducción del importe de la

<sup>80</sup> Resoluciones del Consejo de la CNC de 22 de mayo de 2009, expte. R/020/09, Vinos Finos de Jerez y de 28 de febrero de 2013, expte. S/0342/11, Espuma de poliuretano.

<sup>81</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 22 de mayo de 2009, expte. R/020/09, Vinos Finos de Jerez.



multa tras la notificación del PCH, no será óbice para que el solicitante de clemencia pueda solicitar la confidencialidad de determinada información incluida en la misma sobre la base de lo establecido en el art. 42 de la LDC y que ésta sea concedida<sup>82</sup>:

«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 art. 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».

Este levantamiento de la confidencialidad de la documentación presentada en una solicitud de exención del pago y/o reducción del importe de la multa tras la notificación del PCH a la que se refiere el art. 51, punto 2 del RDC, no implicará sin embargo, que las partes puedan obtener una copia por escrito de cualquier declaración que el solicitante de clemencia haya realizado de forma específica para su presentación junto con la correspondiente solicitud como dispone el art. 51, punto 3 del RDC.

#### 4. CONCLUSIÓN

El derecho de acceso al expediente administrativo incoado por presuntas infracciones previstas en la LDC y su principal limitación relativa a la confidencialidad de determinada documentación incorporada al mismo, implica un importante esfuerzo analítico por parte de todas las partes implicadas en el expediente, que deberá realizarse caso por caso y de manera justificada tanto por la parte solicitante como por la Administración y su órgano de instrucción.

Para facilitar el ejercicio de dicho análisis, dotado en no pocas ocasiones de cierta dosis de complejidad jurídica y técnica, el presente artículo ha analizado gran parte de la prolija casuística y jurisprudencia existente al respecto desde la entrada en vigor de la LDC, tanto en vía administrativa como en vía judicial en relación con el derecho de acceso de los interesados al expediente incoado por presuntas infracciones administrativas previstas en la LDC y su principal limitación relativa a la declaración de confidencialidad de determinada documentación incorporada al mismo, bajo los supuestos específicos y con las condiciones que hemos analizado.

<sup>82</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 22 de mayo de 2009, expte. R/020/09, Vinos Finos de Jerez.

