

RESOLUCIÓN SOBRE LA SOLICITUD DE ACCESO

- I. Con fecha 6 de marzo de 2019, tuvo entrada en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia escrito presentado por [CONFIDENCIAL], en nombre y representación de [CONFIDENCIAL] mediante el que solicita, conforme a lo previsto en el artículo 105 b) de la Constitución Española y los artículos 12 y 13 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (LTAIBG) acceso al expediente S/DC/0562/15, en la modalidad de consulta electrónica, mediante la facilitación de las claves y contraseñas precisas para ello.

En dicha solicitud se señala que [CONFIDENCIAL] tiene un interés cualificado en acceder al citado expediente para el ejercicio de las acciones que permitan el resarcimiento integral de los daños presumiblemente causados, dada su condición de damnificada en al menos [CONFIDENCIAL] de los proyectos repartidos por el cártel, sancionado por la CNMC en su Resolución de 21 de noviembre de 2017, en el expediente S/DC/0562/15 CABLES BT/MT.

- II. El artículo 20 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTAIBG), establece en su apartado primero que:

“La resolución en la que se conceda o deniegue el acceso deberá notificarse al solicitante y a los terceros afectados que así lo hayan solicitado en el plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud por el órgano competente para resolver

Este plazo podrá ampliarse por otro mes en el caso de que el volumen o la complejidad de la información que se solicita así lo hagan necesario y previa notificación al solicitante”.

- III. Por su parte el artículo 14 de la LTBG dispone que:

“1. El derecho de acceso podrá ser limitado cuando acceder a la información suponga un perjuicio para (...)

e) la prevención, investigación y sanción de ilícitos penales, administrativos o disciplinarios.(...)

g) las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control (...)

h) los intereses económicos y comerciales (...)

2. La aplicación de los límites 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

- IV. Asimismo, la disposición adicional primera de la LTAIBG establece en su apartado segundo que *“se regirán por su normativa específica, y por esta ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información”*.

La LDC prevé un régimen específico de acceso a la información, distinto del derecho general de acceso a la información pública, archivos y registros, previsto en el artículo 13 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el cual está sujeto a criterios y excepciones diferentes y tiene una finalidad también diferente.

En este sentido, el artículo 42 la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia relativo al Tratamiento de la información confidencial dispone que:

“En cualquier momento del procedimiento, se podrá ordenar, de oficio o a instancia de parte, que se mantengan secretos los datos o documentos que se consideren confidenciales, formando con ellos pieza separada, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 18 de la presente Ley y en el Reglamento (CE) nº 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado”.

Adicionalmente, el artículo 43 de la LDC relativo al deber de secreto señala que:

1. Todos los que tomen parte en la tramitación de expedientes previstos en esta Ley o que conozcan tales expedientes por razón de profesión, cargo intervención como parte, deberán guardar secreto sobre los hechos de que hayan tenido conocimiento a través de ellos y de cuantas informaciones de naturaleza confidencial hayan tenido conocimiento en el ejercicio de sus cargos, incluso después de cesar en sus funciones”

2. Sin perjuicio de las responsabilidades penales y civiles que pudieran corresponder, la violación del deber de secreto se considerará siempre falta disciplinaria grave”.

Asimismo, el artículo 28.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia prevé que los datos e informaciones obtenidos por la CNMC en el desempeño de sus funciones que tengan carácter confidencial por tratarse de materias protegidas por el secreto comercial, industrial o estadístico sólo podrán ser cedidos al Ministerio competente, a las Comunidades Autónomas, a la Comisión Europea y a las autoridades de otros Estados miembros de la Unión Europea en el ámbito de sus competencias, así como a los tribunales en los procesos judiciales correspondientes.

- V. En el caso que nos ocupa, el objeto de la solicitud de información es la vista del expediente sancionador S/DC/0562/15 CABLES BT/MT en el que la CNMC sancionó por una infracción única y continuada prohibida por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, cinco cárteles de los que son responsables 11 empresas y una asociación empresarial. Las empresas con sede en España y Portugal, amañaban los precios y otras condiciones comerciales, y se repartían los proyectos para

asegurar sus ganancias encareciendo las obras, hasta que una de ellos denunció los hechos ante la CNMC.

La información y los documentos en poder de la CNMC en dicho expediente son en un porcentaje elevado resultado de la solicitud de clemencia presentada por la empresa GRUPO GENERAL CABLE SISTEMAS, S.L.U. (GC), junto con su matriz GENERAL CABLE CORPORATION, así como la información física y electrónica incautada en las inspecciones realizadas por la CNMC los días 1 a 3 de julio de 2015, en la sedes de FACEL, MIGUELEZ, NICSA, PRYSMIAN y TOP CABLE, y de la información aportada por las propias partes a los específicos efectos de dar respuesta a los requerimientos de información formulados por la CNMC, cuyo acceso a terceros ocasionaría un perjuicio irreparable a los derechos e intereses de las partes investigadas.

Por otro parte, es necesario tener en cuenta que el análisis de confidencialidad realizado por la CNMC en el referido expediente se formula respecto del posible acceso a la información o documentación en el estricto círculo de los interesados en el expediente, conforme a los parámetros que sienta la Comunicación de la Comisión relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, los artículos 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE, y el Reglamento (CE) no 139/2004 del Consejo, al objeto de posibilitar el ejercicio efectivo de los derechos de defensa frente a los cargos imputados.

La información contenida en los expedientes sancionadores, aún la declarada no confidencial, sólo es accesible a los declarados interesados en dicho expediente, por lo que el hecho de no declarar la confidencialidad pretendida por la empresa no significa que estos datos adquieran el carácter de públicos, ya que todos aquellos que tengan acceso a la totalidad de la información contenida en el expediente están sometidos al deber de secreto establecido en el artículo 43 de la LDC.

Si bien la Ley de Transparencia regula lo de que se denomina acceso parcial (artículo 16), afectaría notablemente a la eficacia del funcionamiento de la CNMC como servicio público proceder en un procedimiento tan complejo y extenso de más de 47.490 folios al “acceso parcial previa omisión de la información afectada por el límite”.

Por otra parte, el acceso parcial por parte de [CONFIDENCIAL] a la información no afectada por la garantía de confidencialidad, resultaría en una información distorsionada o carente de sentido.

Sobre el acceso a expedientes sancionadores de la CNMC se ha pronunciado el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno en diversas ocasiones, véase entre otras, la Resolución de 15 de septiembre de 2015, (expte R/0147/2015) y la Resolución de 25 de agosto de 2017 (expte R/0255/2017), señalando que toda la información o documentación conseguida por la CNMC como consecuencia de su labor inspectora goza de la condición de información reservada, por expreso mandato legal y que la disposición adicional primera de la LTAIBG reconoce la aplicación prevalente de su normativa específica a las materias que tengan

previsto un régimen específico de acceso a la información, como es el caso que nos ocupa.

- VI. Adicionalmente, en relación a una posible reclamación de daños por parte de [CONFIDENCIAL], en su condición de víctima del cártel sancionado por la CNMC en el expediente S/DC/0562/15 CABLES BT/MT, cabe señalar que los artículos 283 bis a 283 bis k) de la Ley de Enjuiciamiento Civil, introducidos por el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se trasponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores, regulan expresamente el acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia.

Las medidas de acceso a las fuentes de prueba permiten, a efectos prácticos, que los perjudicados y los infractores dispongan de los cauces procesales necesarios para poder preparar el futuro pleito en términos estrictamente probatorios. Ahora bien, cabe destacar que ni la Directiva de daños ni el Real Decreto-ley 9/2017 permiten exigir de forma indiscriminada la exhibición de documentos que el demandante considere de utilidad para fundar su reclamación.

No se establece en ningún caso un procedimiento de “Discovery” o de “disclosure” dado que sólo se permite la petición de exhibición (dirigida a terceros o a la contraparte) de ciertas categorías de documentos.

La nueva regulación procesal hace además especial énfasis en la protección de la confidencialidad de la información solicitada, imponiendo al órgano judicial la obligación de adoptar las medidas que sean necesarias para proteger esa confidencialidad, entre las que se encuentran la celebración de audiencias a puerta cerrada, la utilización de peritos para que elaboren resúmenes de información confidencial de manera no agregada o la limitación de las personas a las que se permita examinar pruebas.

El órgano judicial sólo acordará la exhibición de documentos cuando sea proporcionada. En dicho análisis de proporcionalidad se exige la concurrencia de un principio de prueba de que existen hechos y pruebas que sustenten la reclamación y que justifican la solicitud.

Asimismo, en relación a las declaraciones en el marco de un programa de clemencia, el artículo 283 bis i) apartado 6 expresamente señala que:

“En ningún momento podrá el tribunal ordenar a una parte o a un tercero la exhibición de cualquiera de las siguientes categorías de pruebas:

- a) las declaraciones en el marco de un programa de clemencia, y*
- b) las solicitudes de transacción.”*

De acuerdo con lo anterior, esta específica regulación de acceso a las fuentes de prueba será la que deberá seguir [CONFIDENCIAL] para acceder a la documentación obrante en el expediente S/DC/0562/15 CABLES BT/MT, a efectos

de ejercitar una posible acción de reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia.

- VII. A la vista de lo anterior, el Secretario del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, al amparo de lo previsto en el artículo 21 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, y en el artículo 10.e) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, ha resuelto:

DESESTIMAR la solicitud de acceso formulada por [CONFIDENCIAL], de acuerdo con lo previsto en el artículo 14.1 e), g) y h) y la Disposición Adicional Primera de la LTAIBG, y conforme a la argumentación expresada ut supra.

Notifíquese esta resolución a la interesada y comuníquese a la Dirección de Competencia.

Contra la presente resolución puede interponerse recurso contencioso-administrativo, ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde el siguiente al de su notificación, sin perjuicio de la posibilidad de interponer previamente, con carácter potestativo, reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, de conformidad con lo establecido en el artículo 24 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre.

En Madrid, a 14 de marzo de 2019