

RESOLUCIÓN**Expte. R/AJ/081/20 YARA IBERIAN****CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA****PRESIDENTA**D^a. Cani Fernández Vicién**CONSEJEROS**D^a. María Ortiz AguilarD^a. María Pilar Canedo Arrillaga

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep María Salas Prat

SECRETARIO

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 19 de enero de 2021

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/AJ/081/20 YARA IBERIAN S.A, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por la mercantil YARA IBERIAN, S.A (YARA), al amparo del artículo 47 de la LDC, contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de 13 de octubre de 2020, por el que se deniega la confidencialidad de determinada información aportada por la empresa, en contestación al requerimiento de información realizado en el marco de la información reservada S/0032/19.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fechas 20 y 21 de enero de 2020, la Dirección de Competencia (DC) realizó una inspección en la sede de YARA IBERIAN, S.A.
2. Con fecha 5 de febrero de 2020, la DC requirió a YARA información respecto a su objeto social, estructura de propiedad y control, organigrama, cargos directivos, actividades en el mercado de abonos nitrogenados e informes públicos sobre el mercado referido.
3. El 27 de febrero de 2020, YARA contestó al requerimiento de información, solicitando la confidencialidad de determinada información.

4. Con fecha 13 de octubre de 2020, la Dirección de Competencia acordó estimar parcialmente la solicitud de confidencialidad de YARA.
5. Con fecha 28 de octubre de 2020, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC, y dentro del plazo de 10 días hábiles que establece el precepto, tuvo entrada en la sede electrónica de la CNMC escrito de recurso de YARA contra el acuerdo de la DC de 13 de octubre de 2020.
6. Con fecha 30 de octubre de 2020, conforme a lo indicado en el artículo 24 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (en adelante, RDC), el Consejo de la CNMC solicitó a la DC antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto.
7. Con fecha 10 de noviembre de 2020, la Dirección de Competencia emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido en el punto 5. En dicho informe la DC considera que procede desestimar el recurso interpuesto por YARA ya que el acuerdo recurrido en ningún caso produce indefensión o perjuicio irreparable a los derechos o intereses legítimos de la recurrente, no reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 47 de la LDC.
8. Con fecha 17 de noviembre de 2020, la Sala de Competencia acordó admitir a trámite el recurso de YARA, concediéndole un plazo de 15 días, para que previo acceso al expediente pudiera formular alegaciones.
9. El día 18 de noviembre de 2020, la representación de YARA tuvo acceso al expediente.
10. Con fecha 9 de diciembre de 2020, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de alegaciones complementarias de YARA.
11. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 19 de enero de 2021.
12. Es interesado en este expediente YARA IBERIAN, S.A (YARA)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto de la presente Resolución y pretensiones del recurrente.

Se promueve el presente recurso, al amparo del artículo 47 de la LDC, contra el Acuerdo de la DC de 13 de octubre de 2020, por el que se deniega la confidencialidad de determinada información proporcionada por YARA, en contestación al requerimiento de información realizado por la DC a la empresa el 5 de febrero de 2020, en el marco de la información reservada S/0032/19.

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

1.1 Motivos del recurso.

En su recurso YARA solicita a la Sala de Competencia que declare la nulidad o anulabilidad del acuerdo de la DC de 13 de octubre de 2020, y que la DC no acuerde levantar la confidencialidad de la información y documentación hasta que el Consejo de la CNMC se pronuncie sobre el mismo.

La recurrente alega que el acuerdo es contrario al artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), al carecer de la debida motivación, incurriendo además dicho acuerdo en una infracción del artículo 42 de la LDC al carecer de congruencia con los criterios que la DC adoptó en el propio acuerdo y durante la información reservada, y contravenir la jurisprudencia que lo desarrolla y a la Guía sobre el tratamiento de la información confidencial y los datos personales en procedimientos de defensa de la competencia de la Ley 15/2007, publicada por la CNMC el 4 de junio de 2020 (en adelante, la Guía de Confidencialidad).

Los documentos objeto de controversia en el presente recurso son los siguientes:

- a) **Información sobre estimaciones, el tamaño total del mercado expresado en valor y volumen (folios 22219 y 22220- se corresponde con el documento bis 52.1 páginas 14 y 15 del expediente RAJ 081-20):** YARA alega que el precio medio por tonelada es información financiera sensible real (no estimada) de antigüedad menor de 5 años, y que la publicidad del precio medio por tonelada de 2018 de YARA, así como las razones de su posicionamiento, permitiría a terceros conocer la estrategia de precios actual de YARA el mercado, así como la mezcla y tipo de productos vendidos.
- b) **Datos sobre cuotas de mercado en volumen y valor de la distribución de fertilizantes nitrogenados en España en 2018 (folios 22221 y 22222-se corresponde con el documento 52.1 páginas 16 y 17 del expediente RAJ 081-20):** YARA sostiene que el volumen y el valor de las ventas de la empresa es información financiera sensible real (no estimada) de antigüedad menor de 5 años que debería haber sido censurada por los mismos motivos anteriores. Asimismo, y al no estar basadas en datos públicos, el método para la estimación de las cuotas de mercado de los competidores de YARA, así como las cuotas en sí mismas, también revelan el grado de conocimiento de YARA del mercado y su posicionamiento en el mismo, por lo que dicha información debería censurarse, menos las cuotas de mercado que podrían ser sustituidas por rangos, de conformidad con lo dispuesto en la Guía de Confidencialidad y la práctica habitual de la DC.

- c) **Información relativa a los volúmenes de importaciones anteriores a los últimos 5 años (anexo 5, folio 22269 - se corresponde con el documento bis 52.6 del expediente RAJ 081-20):** YARA afirma que la información financiera de las importaciones de productos es información sensible real (no estimada). Además, sostiene que el listado de productos no es anterior a 5 años en tanto que YARA sigue importándolos en la actualidad. Asimismo, indica que, aunque el volumen de importaciones entre 2012 y 2014 es de una antigüedad mayor de 5 años, la DC no debería haber presumido su falta de confidencialidad en tanto que se trata de información desagregada a nivel de producto y el volumen de importaciones de estos productos se ha mantenido estable hasta la actualidad, por lo que se revelarían todos los productos que importa en la actualidad y los volúmenes de sus ventas actuales.
- d) **Información sobre el listado de distribuidores anteriores a los últimos 5 años, con indicación del volumen de facturación con cada uno de ellos (anexo 6, folio 22270- se corresponde con el documento bis 52.7 del expediente RAJ 081-20):** YARA argumenta que la información financiera de las ventas a los distribuidores es real (no estimada) y que el listado de distribuidores no es anterior a 5 años en tanto que YARA sigue vendiendo sus productos a estos clientes. Asimismo, aunque el volumen de ventas entre 2010 y 2014 es de una antigüedad mayor de 5 años, la DC no debería haber presumido su falta de confidencialidad pues es información desagregada a nivel de distribuidor y el volumen de ventas se ha mantenido estable hasta la actualidad, por lo que se revelarían todos los clientes principales de YARA y los volúmenes de sus ventas actuales y por ende su posicionamiento actual en el mercado, indicando que se debería haber excluido dicha información del expediente o, en su defecto, haber censurado el nombre de los distribuidores.

1.2 Informe de la DC.

Frente a lo alegado por la recurrente, la DC considera en su informe de 10 de noviembre de 2020, que el recurso debe ser desestimado al no reunir los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC, en tanto el acuerdo de la DC de 13 de octubre de 2020, en ningún caso produce indefensión o perjuicio irreparable a los derechos o intereses legítimos de YARA.

1.3. Alegaciones de la recurrente al informe de la Dirección de Competencia.

En su escrito de alegaciones complementarias al referido informe de la DC de 10 de noviembre de 2020, YARA reitera lo expuesto en su escrito de recurso, alegando en relación a la afirmación contenida en el informe de la DC de que la empresa no habría realizado en su solicitud de confidencialidad ninguna justificación individualizada sobre la necesidad de otorgar tratamiento confidencial a la información controvertida, a diferencia de lo que ha hecho ahora al presentar el recurso, que de ser así el acuerdo de la DC debería ser declarado nulo, o anulado, al constituir una infracción del artículo 42 de la LDC, 20 RDC, así como la Guía que la desarrolla, al no haber concedido a YARA el plazo de 5 días para subsanar la supuesta falta de motivación de la que carecía la

Solicitud y/o no admitir, ni resolver la nueva solicitud que realizó YARA para subsanarla motu proprio, generando con todo ello indefensión y/o perjuicio irreparable a la empresa.

SEGUNDO.- Naturaleza del recurso interpuesto.

Tal y como ha expresado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en sus sentencias de 30 de septiembre de 2013 (recurso 5606/2010) y 21 de noviembre de 2014 (recurso 4041/2011), el artículo 47 de la LDC no abre la posibilidad a cualquier impugnación y por cualquier motivo, sino exclusivamente la de aquellos actos o resoluciones a los que se impute haber causado indefensión o provocar "*perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos*".

Por ello, para el Tribunal Supremo "*tanto el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia como, eventualmente, la Sala de la Audiencia Nacional al juzgar sobre las decisiones de éste, deben limitarse a revisar dichos actos y resoluciones de la Dirección de Investigación únicamente desde aquella doble perspectiva. No es que el enjuiciamiento de tales actos y resoluciones quede así impedido sino simplemente, como sucede con el resto de actos de trámite o de instrucción de los procedimientos sancionadores, diferido al momento en que recaiga la decisión final del procedimiento. Será entonces cuando la parte pueda invocar cualquier motivo de nulidad de las resoluciones finales por derivar de actos previos viciados*"

A la vista de lo señalado por el Tribunal Supremo, esta Sala debe evaluar si el acto recurrido por YARA, esto es, el acuerdo de la DC de 13 de octubre de 2020 por el que se deniega la confidencialidad de determinada información, es susceptible de ocasionar indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente, lo que conllevaría la estimación del recurso.

TERCERO.- Sobre la declaración de confidencialidad de determinados documentos.

Según el artículo 42 de la LDC "*En cualquier momento del procedimiento, se podrá ordenar, de oficio o a instancia de parte, que se mantengan secretos los datos o documentos que consideren confidenciales*". De este modo, la LDC contempla la posibilidad de que las partes en un procedimiento puedan solicitar la confidencialidad de determinada información obrante en un expediente. No obstante, ello no constituye un principio absoluto ni un derecho de la recurrente. Habrá que atender a las circunstancias de cada caso para concretar el carácter confidencial o no de determinada información. Así lo recoge la Audiencia Nacional en su sentencia de 2 de diciembre de 2011 al hacer alusión a que "*el concepto "confidencial" es un concepto jurídico indeterminado por lo que hay que atender a las circunstancias del caso concreto para determinar si una información tiene o no ese carácter*".

Y así ha sido señalado reiteradamente tanto por el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) como por la Comisión Nacional de la Competencia (CNC)¹ y la CNMC², señalando expresamente que “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”; y añade “ello debe realizarse ponderando otros principios adicionales, igualmente tutelables aunque contradictorios, como son el derecho de defensa de quienes son imputados en el procedimiento y el de no producir indefensión al órgano que debe resolver la materia sujeta a expediente o a terceros interesados”. Por ello, no basta la simple alusión al “secreto comercial” para acceder a una petición de confidencialidad.

En consecuencia, la declaración de confidencialidad constituye una decisión de la CNMC adoptada tras la valoración de las circunstancias de cada caso y formulada motivadamente, tal y como ha venido señalando esta Sala³ reiterando la doctrina expresada por el Consejo de la CNC⁴. De este modo, en primer lugar, habrá que determinar si se trata de secretos comerciales, en segundo lugar, si tratándose de secretos comerciales, éstos han tenido difusión entre terceros y, en tercer lugar, si se trata de secretos comerciales que no han sido difundidos a terceros, pero resultan necesarios para fijar los hechos objeto del procedimiento, así como para garantizar el derecho de defensa a los imputados.

Corresponde, pues, analizar la documentación cuyo carácter confidencial YARA alega con el fin de determinar o no su carácter confidencial, de acuerdo con el triple examen descrito.

- a) Información sobre estimaciones, el tamaño total del mercado expresado en valor y volumen (folios 22219 y 22220):** la recurrente alega que el precio medio por tonelada es información financiera sensible real (no estimada) de antigüedad menor de 5 años y que la publicidad del precio medio por tonelada de 2018 de YARA, así como las razones de su posicionamiento, permitiría a terceros conocer la estrategia de precios actual de YARA el mercado, así como la mezcla y tipo de productos vendidos.

Esta Sala, de conformidad con la DC, considera que dicha información constituye un dato básico para el entendimiento de la dimensión y funcionamiento del mercado en el que desplegaría sus efectos un eventual ilícito, siendo dicha información necesaria para contextualizar los hechos objeto de un eventual

¹ Entre otras, resolución del TDC de 4 de septiembre de 2003, Expte. 552/02 Empresas eléctricas y resolución del Consejo de la CNC de 18 de abril de 2013, Expte. R/0135/13 SERRADORA BOIX.

² Por todas, resoluciones de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 29 de noviembre de 2016, Expte. R/AJ/632/16 TOP CABLE y de 5 de octubre de 2017, Expte. R/AJ/049/17 ELEC NOR.

³ Por todas, resoluciones de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, de 21 de julio de 2016, Expte. R/AJ/065/16 CABLES RCT y de 29 de noviembre de 2016, Expte. R/AJ/632/16 TOP CABLE.

⁴ Entre otras, Resoluciones del Consejo de la CNC de 7 de febrero de 2013, Exptes. R/0120/12 AGLOLAK y R/0121/12 MADERAS JOSE SAIZ y de 18 de abril de 2013, Expte. R/0135/13 SERRADORA BOIX.

expediente sancionador, tal y como ha sido establecido en numerosas ocasiones por el Consejo de la CNMC ⁵.

Por sus propias características, los documentos controvertidos constituyen elementos fundamentales para valorar las prácticas objeto de análisis en el expediente S/0032/19, el cual se encuentra en fase de información reservada, en el que se investigan posibles acuerdos y/o prácticas concertadas entre determinadas empresas, en relación con la producción, comercialización y distribución de abonos nitrogenados, incluyendo la asignación de cupos a distribuidores y el reparto de áreas geográficas entre distribuidores en el territorio nacional, por lo que esta Sala debe confirmar el criterio adoptado por la DC sobre el carácter no confidencial de la información discutida.

- b) Datos sobre cuotas de mercado en volumen y valor de la distribución de fertilizantes nitrogenados en España en 2018 (folios 22221 y 22222):** YARA sostiene que el volumen y el valor de las ventas de la empresa es información financiera sensible real (no estimada) de antigüedad menor de 5 años que debería haber sido censurada por los mismos motivos anteriores. Asimismo, y al no estar basadas en datos públicos, el método para la estimación de las cuotas de mercado de los competidores de YARA, así como las cuotas en sí mismas, también revelan el grado de conocimiento de YARA del mercado y su posicionamiento en el mismo, por lo que dicha información debería censurarse, menos las cuotas de mercado que podrían ser sustituidas por rangos, de conformidad con lo dispuesto en la Guía de Confidencialidad y la práctica habitual de la DC.

Por su parte, la DC afirma que la cuota de mercado de los agentes intervinientes en el mismo es un dato esencial para calibrar el impacto en el mercado de su actividad y, por tanto, de una eventual práctica anticompetitiva, siendo un elemento necesario para el conocimiento del peso de los agentes del mercado en el marco de una investigación relativa a una práctica en la que habrían podido participar varios de ellos y objetivamente determinante para valorar el posible alcance, contenido o efectos de las prácticas objeto de investigación.

Asimismo, frente a la alegación de YARA de la existencia de incongruencias externas con el propio tratamiento de la confidencialidad realizado durante la información reservada, por ejemplo respecto la organización interna y métodos de distribución y comercialización de YARA, evolución de la estructura funcional de YARA desde 2010, entre otros, la DC sostiene que no existe incongruencia alguna, toda vez que la naturaleza de dichas informaciones es radicalmente diferente, exigiendo un tratamiento diferenciado en cuanto a su confidencialidad, tratándose la información relativa a la organización interna y métodos de distribución y comercialización de YARA de información propia de la empresa, que

⁵ Entre otras, las Resoluciones del Consejo de 29 de noviembre de 2016, Expte. R/AJ/632/16 TOP CABLE; de 21 de diciembre de 2017, Expte. R/AJ/060/17, ALTADIS 2; de 19 de diciembre de 2018, Expte. R/AJ/069/18, BEI; de 30 de abril de 2019, Expte. R/AJ/007/19 CAF SIGNALLING 2; de 11 de julio de 2019, Expte. R/AJ/033/19 ADVANCED ACCELERATOR APPLICATIONS IBÉRICA, S.L.U y de 18 de julio de 2019, Expte. R/AJ/055/19 NOKIA 2.

ésta ha señalado que constituía secreto comercial y de ahí la confidencialidad declarada, mientras que en los otros supuestos se trata de estimaciones que ha proporcionado YARA, en función de su conocimiento del mercado, tanto respecto de dicha empresa como de sus competidores en el mercado, así como de dicho mercado, sin que ello suponga un secreto comercial propio de YARA.

Tras el análisis de los citados documentos, esta Sala coincide con el criterio de la DC de que la información contenida en los mismos deviene necesaria para delimitar el objeto, alcance y efectos de las conductas objeto de investigación, no apreciándose la existencia de incongruencia como alega la recurrente.

- c) Información relativa a los volúmenes de importaciones anteriores a los últimos 5 años (anexo 5, folio 22269):** YARA afirma que la información financiera de las importaciones de productos es información sensible real (no estimada). Además, sostiene que el listado de productos no es anterior a 5 años en tanto que YARA sigue importándolos en la actualidad. Asimismo, indica que, aunque el volumen de importaciones entre 2012 y 2014 es de una antigüedad mayor de 5 años, la DC no debería haber presumido su falta de confidencialidad en tanto que se trata de información desagregada a nivel de producto y el volumen de importaciones de estos productos se ha mantenido estable hasta la actualidad, por lo que se revelarían todos los productos que importa en la actualidad y los volúmenes de sus ventas actuales.

La doctrina nacional y de la Unión Europea establece que el transcurso del tiempo conlleva que información que pudiera tener carácter de secreto comercial en un momento determinado deje de serlo por no corresponderse con la situación estratégica actual de una empresa o sector económico, que se ajusta a las diferentes y variables dinámicas del mercado⁶. El considerando 23 de la *Comunicación* señala que “*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, este criterio se debe interpretar como una referencia y no como una regla estricta, no debiendo constituirse un automatismo que implique que cualquier información de más de cinco años de antigüedad no sea secreto de negocio, ni que información de menos de cinco años lo sea⁷.

Los documentos anteriormente mencionados como reconoce la recurrente contienen información sobre los volúmenes de importaciones entre 2012 y 2014 de YARA a nivel de producto. Se incluye, por tanto, información de más de cinco años de antigüedad. Esta Sala considera que dicha información no tiene carácter sensible, como se alega por parte de la recurrente, dadas las características cambiantes del mercado.

⁶ Resolución de la CNMC, de 22 de noviembre de 2013 (expte. R/0152/13 transportes Antonio Belzunes)

⁷ Sentencia del Tribunal General de 22 de mayo de 2012 en el asunto T-344/08, apartado 142.

Además, YARA no ha señalado en qué medida el conocimiento de esta información afectaría a su capacidad para competir en el mercado habiendo reiterado la Sala de Competencia de la CNMC, como su antecesora la CNC, la necesidad de especificar el perjuicio grave que se generaría por la eventual revelación de un secreto comercial, tratándose adicionalmente de información relevante para determinar el objeto, alcance y efectos de las conductas investigadas.

De acuerdo con lo anterior, la alegación debe ser rechazada, manteniendo esta Sala el criterio adoptado por la DC sobre el carácter confidencial de la información.

- d) Información sobre el listado de distribuidores anteriores a los últimos 5 años, con indicación del volumen de facturación con cada uno de ellos (anexo 6, folio 22270):** YARA argumenta que la información financiera de las ventas a los distribuidores es real (no estimada) y que el listado de distribuidores no es anterior a 5 años en tanto que YARA sigue vendiendo sus productos a estos clientes. Asimismo, aunque el volumen de ventas entre 2010 y 2014 es de una antigüedad mayor de 5 años, la DC no debería haber presumido su falta de confidencialidad pues es información desagregada a nivel de distribuidor y el volumen de ventas se ha mantenido estable hasta la actualidad, por lo que se revelarían todos los clientes principales de YARA y los volúmenes de sus ventas actuales y por ende su posicionamiento actual en el mercado, indicando que se debería haber excluido dicha información del expediente o, en su defecto, haber censurado el nombre de los distribuidores.

Frente a lo manifestado por la recurrente, por los motivos expuestos en el apartado anterior, esta Sala considera igualmente que el presente caso la información controvertida habría perdido su carácter de información sensible por haber perdido su relevancia comercial por el transcurso del tiempo, tratándose asimismo de información necesaria para esclarecer los hechos que se investigan, por lo que debe confirmar el criterio adoptado por la DC sobre el carácter no confidencial de la información discutida.

Por todo lo expuesto, esta Sala no aprecia motivos para acceder a la pretensión de confidencialidad formulada por la recurrente.

CUARTO.- Sobre los requisitos del artículo 47 de la LDC.

Conforme a lo señalado en el artículo 47 de la LDC, la adopción de una decisión respecto del recurso interpuesto por YARA supone verificar si el acuerdo de la DC 13 de octubre de 2020 es susceptible de ocasionar indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente.

4.1 Ausencia de indefensión.

Como ha señalado en reiteradas ocasiones el TC, para apreciar la existencia de indefensión no basta con que se produzca una transgresión formal de las normas sino que es necesario que tal vulneración se traduzca en una privación, limitación, menoscabo o negación real, efectiva y actual del derecho de defensa⁸.

En el mismo sentido, se ha pronunciado en reiteradas ocasiones la CNMC⁹.

Por lo tanto, debe comprobarse si la indefensión se ha producido y, de haberse producido, habría que comprobar si ha dado lugar a una indefensión material, ya que de conformidad con dicha doctrina constitucional¹⁰: *“no se da indefensión cuando ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos, o cuando se no ha llegado a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa”*.

YARA alega indefensión por falta de motivación del acto recurrido. Sin embargo, la DC en su acuerdo de 13 de octubre de 2020 procedió a analizar de forma individualizada la posible confidencialidad de la información solicitada por YARA, declarando confidencial parte de la información aportada por la empresa en contestación al requerimiento de información realizado, en concreto determinada información sobre su estrategia futura respecto de eventuales reestructuraciones, liquidaciones, fusiones y/o adquisiciones (folio 22208); sobre su estructura funcional, su evolución y el proceso de toma de decisiones (folios 22209 a 22213 y anexo 2, folios 22251 a 22264); sobre el proceso de producción, comercialización y distribución de abonos nitrogenados (folios 22217 y 22218); sobre plantas productoras o instalaciones de almacenamiento en España, importación, exportación y distribución de abonos nitrogenados (folios 22218 y 22219 y anexos 3 a 6, folios 22265 a 22270); sobre el mercado geográfico y zonas concretas en las que presta sus servicios (folio 22223); sobre el volumen de negocios total y el volumen de negocios en el mercado de abonos nitrogenados de YARA (folio 22223), así como el listado de Anexos (folio 22226).

Junto a ello, se acordó también declarar no confidencial determinada información relativa a datos sobre estimaciones y el tamaño total del mercado expresado en valor y volumen (folios 22219 y 22220); sobre cuotas de mercado en volumen y valor de la distribución de fertilizantes nitrogenados en España en 2018 (folios 22221 y 22222); sobre las personas que han acudido en nombre de YARA a las reuniones de Asociación Nacional de Fabricantes de Fertilizantes (ANFFE), así como las convocatorias y actas de las Asambleas Generales y Comités de Estadísticas de ANFFE celebradas durante los últimos 10 años (folio 22224 y anexo 7, folios 22271 a 22462) por no ser información de carácter comercial y estratégico cuyo conocimiento por terceros, especialmente por aquellas empresas del mismo sector que forman parte de ANFFE y que disponen de la misma información, pudiera ocasionar un grave perjuicio a YARA.; sobre los volúmenes de importaciones

⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional 15/1995, de 24 de enero.

⁹ Resolución de la CNMC de 9 de enero de 2020 Expte. R/AJ/131/19, FACTOR IDEAS INTEGRAL SERVICES).

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 71/1984.

anteriores a los últimos cinco años (anexo 5, folio 22269) y sobre el listado de distribuidores anteriores a los últimos cinco años, con indicación del volumen de facturación con cada uno de ellos (anexo 6, folio 22270).

Señala la DC que YARA en su solicitud de confidencialidad no ofreció ninguna justificación de la necesidad de otorgar un tratamiento confidencial a la información solicitada, limitándose a manifestar genéricamente que “*contiene datos confidenciales y comercialmente sensibles que en ningún caso deben trascender al mercado*”, a diferencia de lo que ha hecho al presentar ahora este recurso respecto de la información no declarada confidencial, cuyas justificaciones son analizadas en el informe de 10 noviembre de 2020.

El artículo 42 de la LDC establece 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 consideren confidenciales*”. Asimismo, el artículo 20 precisa que cuando se solicite la confidencialidad de datos o informaciones, el solicitante “*deberá hacerlo de forma motivada*”.

La Comisión Europea en el párrafo 22 de la Comunicación de la Comisión relativo a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE igualmente señala que “*las razones por las que se reivindica que la información es un secreto comercial u otra suerte de información confidencial deberán justificarse*”. Por ello, esta Sala viene señalando expresamente la necesidad de una justificación explícita de los motivos por los que se solicita la confidencialidad de los documentos incorporados al expediente administrativo^[1].

A la vista de lo anterior, no cabe apreciar que el acuerdo recurrido haya podido ocasionar indefensión alguna a la recurrente. El acuerdo de 13 de octubre de 2020 no ha supuesto la imputación de cargo alguno a la recurrente frente a la cual no haya tenido posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos. El hecho de que YARA haya podido presentar el presente recurso y realizar alegaciones detalladas en el seno del mismo, ponen de manifiesto que la motivación del acuerdo impugnado ha podido no tener la extensión deseada por YARA, pero en ningún momento se ha producido menoscabo alguno de sus derechos de defensa. Por ello, no resulta posible apreciar que el acuerdo de 13 de octubre de 2020 haya ocasionado indefensión a YARA.

4.2 Ausencia de perjuicio irreparable.

Una vez descartado que el acuerdo de confidencialidad recurrido haya producido indefensión a YARA, procede analizar si dicho acuerdo puede causarle un perjuicio irreparable. En este sentido, cabe recordar que el Tribunal Constitucional entiende

[1] Por todas, resoluciones de la Sala de Competencia de la CNMC de 13 de diciembre de 2018 (Expte [R/AJ/068/18](#) CAF SIGNALLING); de 4 de diciembre de 2018 (Expte [R/AJ/067/18](#) THALES ESPAÑA). Véase también la sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de diciembre de 2011 (rec. 756/2010)

que es "*aquel que provoque el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración*" (entre otros, ATC 79/2009, de 9 de marzo de 2009 y 124/2012, de 18 de junio de 2012).

La recurrente considera que los documentos controvertidos deben declararse confidenciales ya que lo contrario le causaría un perjuicio irreparable por tratarse de información sensible real (no estimada) que sería accesible a otros competidores.

Esta Sala, contrariamente a lo alegado por YARA, entiende que la DC realiza una actuación plenamente respetuosa con el principio de proporcionalidad en el acuerdo recurrido. Tal y como se ha analizado detalladamente en el fundamento de derecho tercero, esta Sala, no considera que dicha documentación incluya secretos comerciales o información confidencial bien por haber perdido su carácter confidencial por el transcurso del tiempo, por no reunir los requisitos de secreto comercial y/o tratarse de información relevante para determinar el objeto, alcance y efectos de las conductas objeto de investigación en el ámbito del Expte. S/0032/19, el cual se encuentra en fase de información reservada, en el que se investigan posibles acuerdos y/o prácticas concertadas entre determinadas empresas, en relación con la producción, comercialización y distribución de abonos nitrogenados, incluyendo la asignación de cupos a distribuidores y el reparto de áreas geográficas entre distribuidores en el territorio nacional.

Por otro lado, YARA no habría identificado en qué medida el conocimiento de la información afectaría a su capacidad para competir en el mercado. YARA no ha razonado qué perjuicio grave le produciría la divulgación de dicha información y que justificaría el nivel reforzado de protección que confiere la confidencialidad requerida.

Se recuerda, al respecto, que la AN¹¹ ha matizado que para que una información pueda considerarse secreto comercial su divulgación ha de poder causar un perjuicio *grave* y que el TS¹² ha manifestado que los secretos comerciales afectan decisivamente a la subsistencia de las empresas en un entorno competitivo por lo que requieren acomodo dentro de los derechos fundamentales de la propiedad cuya divulgación pueda causarles un perjuicio grave.

A ello cabe añadir que el contenido del artículo 43 de la LDC establece que la información contenida en un expediente sancionador, aún declarada no confidencial, sólo es accesible a los interesados en el expediente, por lo que no existe peligro de divulgación de dicha información, pues el hecho de no declarar su confidencialidad no significa que ésta adquieran carácter público, dado que no puede ser conocida por terceros ajenos al expediente y, además, sobre los interesados pesa el deber de secreto, como reiteradamente han señalado tanto el Consejo de la CNC como la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC¹³.

¹¹ Sentencia de la AN de 2 de diciembre de 2011, en el ámbito del Expte. R/0054/10 BBR

¹² Auto del TS de 5 de octubre de 2006

¹³ Entre otras, Resoluciones de la CNC de 29 de noviembre de 2011, Expte R/0080/11 MANIPULADO DE PAPEL; de 13 de abril de 2012, Expte. R/0098/12 EUROESPUMA; de 7 de febrero de 2013, Expte.

Por ello, bajo ninguna perspectiva puede apreciarse el hecho de que la actuación administrativa de la DC en la que se fundamenta el presente recurso haya causado indefensión ni perjuicio irreparable a los derechos de YARA.

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

HA RESUELTO

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por YARA IBERIAN, S.A contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de 13 de octubre de 2020.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese al interesado, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.

R/0120/12 AGLOLAK y Expte. R/0121/12 MADERAS JOSÉ SAIZ y de 18 de abril de 2013, Expte. R/0135/13 SERRADORA BOIX y Resoluciones de la Sala de Competencia del Consejo 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 TRASNPORTE CARLOS; de 7 de febrero de 2014, Expte. R/0161/13 SBS; de 2 de abril de 2014, Expte. R/DC/0009/14 EUROPAC; de 28 de enero de 2016, Expte. R/AJ/117/15 RENALETTO; de 21 de julio de 2016, Expte. R/AJ/065/16 CABLES RCT; de 3 de noviembre de 2016, Expte R/AJ/624/16 INDRA; de 16 de diciembre de 2017, Expte R/AJ/683/16; de 5 de octubre de 2017, Expte. R/AJ/049/17 ELEC NOR; de 4 de diciembre de 2018, R/AJ/067/18 THALES ESPAÑA.