

**RESOLUCIÓN****Expte. R/AJ/008/21 YARA IBERIAN****CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA****Presidenta**D<sup>a</sup>. Cani Fernández Vicién**Consejeros**D<sup>a</sup>. María Ortiz AguilarD<sup>a</sup>. María Pilar Canedo Arrillaga

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep María Salas Prat

**Secretario del Consejo**

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 20 de abril 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/008/21 YARA IBERIAN, 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 12 de enero de 2021, por el que se deniega la solicitud de no incorporación al expediente de determinada información recabada durante la inspección realizada en la sede de la empresa.

**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. Mediante acuerdo de fecha 14 de febrero de 2020, una vez analizados los documentos en formato papel recabados en la inspección, la DC procedió a incorporar al expediente de información reservada S/0032/19, los documentos nº 1, 3, 5, 6, 7, 8 y 16, relacionados en el listado adjunto al acta de la inspección.

Con respecto a la documentación en formato electrónico recabada en la inspección, contenida en el archivo “yara.zip”, la DC acordó incorporar al expediente de información reservada los correos electrónicos y archivos que se anexan a su Acuerdo y se relacionan en el Anexo “Informe de correos electrónicos de YARA” e “Informe de archivos electrónicos de YARA”, por considerarse relevantes con el objeto de la investigación requiriendo a la empresa para que, de acuerdo con el artículo 42 de la LDC, justificase el carácter confidencial de aquellos documentos que considerase oportunos, aportando la correspondiente versión censurada (folio 26 del expediente de recurso RAJ 008-21).

Entre los documentos anexados al anterior Acuerdo figuraban los cinco correos electrónicos objeto de controversia, identificándose su ruta (folio 26 del expediente de recurso RAJ 008-21),

#### ANEXO Informe de correos electrónicos de YARA

Nº	Fecha	Asunto	De	Para	CC	Adjuntos	Ruta	DVD
1	26/11/2010 11:46:41	Re_ Reunión Madrid 17-11-10-26112010.eml					/CORREO/archive.pst/Top of Personal Folders/Folders/EXPATS/MAN/AT/correspondencia con Tarazona/Re_ Reunión Madrid 17-11-10-26112010.eml	DVD
2	22/12/2011 16:40:24	RE-Varios-22122011.eml					/CORREO/archive.pst/Top of Personal Folders/Folders/EXPATS/MAN/AT/correspondencia con Tarazona/RE-Varios-22122011.eml	DVD
3	19/04/2012 12:42:30	archivo reunion Madrid-19042012.eml				Reunion 17-abril-2012 (YARA).ppt	/CORREO/archive.pst/Top of Personal Folders/Folders/EXPATS/MAN/AT/correspondencia con Tarazona/archivo reunion Madrid-19042012.eml	DVD
4	28/02/2013 0:22:02	RV_ Urea 46% QATAR-28022013.eml					/CORREO/archive.pst/Top of Personal Folders/Folders/EXPATS/MAN/AT/correspondencia con Tarazona/RV_ Urea 46% QATAR-28022013.eml	DVD

Nº	Fecha	Asunto	De	Para	CC	Adjuntos	Ruta	DVD
5	09/06/2013 7:03:42	Re_FELICITACION-09062013.eml					/CORREO/archive.pst/Top of Personal Folders/Folders/EXPATS/MAN/AT/correspondencia con Tarazona/Re_FELICITACION-09062013.eml	DVD

Estos cinco correos electrónicos son archivos anexos al correo electrónico con asunto “correspondencia con Tarazona” (en lo sucesivo correo contenedor), de 21 de abril de 2015, enviado por YARA a un despacho externo de abogados con

el fin de solicitar asesoramiento legal en relación a la terminación de un contrato de suministro (folio 43 del expediente de recurso RAJ 008-21).

3. Con fecha 9 de marzo de 2020, tras una ampliación del plazo, YARA presentó escrito solicitando la confidencialidad de parte de la información incorporada, aportando versión censurada y solicitando la devolución de determinada información recabada en la inspección realizada en su sede (folios 27 a 33 del expediente de recurso RAJ 008-21).
4. Con fecha 1 de octubre de 2020, la Dirección de Competencia dictó acuerdo por el que se declara confidencial la totalidad de la información solicitada por YARA procediendo a incorporar al expediente las correspondientes versiones censuradas aportadas por la empresa, así como un nuevo archivo, denominado “*Incorporados\_Yara\_2 zip*”, en el que ya no constaba la información cuya devolución se había solicitado por YARA (folios 34 y 35 del expediente de recurso RAJ 008-21).

Entre la información declarada confidencial por la DC figuran dos correos electrónicos, respecto de los cuales YARA solicita en su recurso su exclusión del expediente, se trata de los correos electrónicos nº1, folios 15075 a 15078, y correo electrónico nº 4, folios 15140 y 15141.

5. Con fecha 6 de octubre de 2020, YARA compareció en la sede de la CNMC y se procedió a la devolución de la documentación no incorporada a la empresa y a la remisión vía electrónica del nuevo *hash* y el *zip* con la información efectivamente incorporada al expediente (folios 36 y 37 del expediente de recurso RAJ 008-21).
6. Con fecha 26 de octubre de 2020, YARA solicitó que se excluyese del expediente los cinco correos electrónicos adjuntos al correo contenedor, argumentando que como el e-mail contenedor era un correo protegido por el privilegio de la confidencialidad en las comunicaciones entre abogado y cliente y había sido excluido por la DC, los cinco e-mails adjuntos al mismo debían ser también excluidos del expediente (folios 80 a 95 del expediente de recurso R/AJ/008/21).
7. Mediante acuerdo de 10 de noviembre de 2020, la DC comunicó a YARA la grabación de un nuevo archivo denominado “*Incorporados\_Yara\_4 zip*”, en el que, a los solos efectos de mantener la integridad de los elementos de prueba

incorporados al expediente, se incluyó en el mismo en formato pdf imagen del citado correo contenedor, que se referencia en el nuevo listado remitido de archivos (folio 77 del expediente de recurso RAJ 008-21).

8. Con fecha 23 de noviembre de 2020, YARA reiteró su solicitud de exclusión del expediente del correo contenedor y de los cinco correos electrónicos y mediante acuerdo de 12 de enero de 2021 la DC denegó la solicitud de no incorporación al expediente de los cinco correos electrónicos objeto de controversia, al entender que no están protegidos por el privilegio de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente, sin pronunciarse en relación al correo contenedor, al no estar el mismo incorporado al expediente y constar únicamente la citada imagen en formato pdf referenciada en el último de los listados remitidos, a efectos de mantener la integridad de los cinco correos electrónicos incorporados al expediente (folios 96 a 98 del expediente de recurso RAJ 008-21).
9. Con fecha 26 de enero de 2021, 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 12 de enero de 2021.
10. Con fecha 27 de enero de 2021, 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.
11. Con fecha 3 de febrero de 2021, la Dirección de Competencia emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido en el punto 10. En dicho informe la DC considera que procede desestimar el recurso interpuesto por YARA, al entender que la documentación incorporada al expediente no está protegida por el privilegio de la confidencialidad reconocido entre las comunicaciones entre abogado y cliente, y 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.
12. Con fecha 9 de febrero de 2021, 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.

13. El día 11 de febrero de 2021, la representación de YARA tuvo acceso al expediente.
14. Con fecha 3 de marzo de 2021, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de alegaciones complementarias de YARA.
15. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 20 de abril de 2021.
16. 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 12 de enero de 2021, por el que se deniega la exclusión del expediente de determinada información recabada durante la inspección realizada en la sede de YARA IBERIAN, S.A

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 12 de enero de 2021, y que la DC no levante la confidencialidad de la información y documentación controvertida hasta que el Consejo de la CNMC se pronuncie sobre el mismo y su decisión devenga firme.

La recurrente basa su recurso en los siguientes fundamentos:

- a) Infracción del artículo 42 de la LDC, 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) y la jurisprudencia que los desarrolla, al impedir que YARA pudiera solicitar el tratamiento de la confidencialidad del e-mail contenedor y los cinco e-mails, en “cualquier

momento del procedimiento”, generando con ello indefensión y un perjuicio irreparable a YARA IBERIAN.

- b) Infracción del artículo 88.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), en relación con el artículo 24 de la CE, por carecer de congruencia con las peticiones formuladas, generando indefensión y perjuicio irreparable a YARA, al pronunciarse la DC sobre la exclusión del expediente de los cinco correos electrónicos incorporados al expediente, y no sobre el correo contenedor al que se encontraban adjuntos, incurriendo en sendos vicios de incongruencia *ultra petita* y omisiva.
- c) Infracción del artículo 42 de la LDC, en relación con el artículo 24 de la CE y la jurisprudencia que los desarrolla, al no haber conferido el adecuado tratamiento de Comunicación Pre-Procedimiento, confidencial y sujeta a secreto profesional, al e-mail contenedor y los cinco correos electrónicos que adjuntaba éste, generando indefensión y perjuicio irreparable a YARA.

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

- E-mail con asunto “correspondencia con Tarazona” (en lo sucesivo correo contenedor), de 21 de abril de 2015, enviado por YARA a un despacho externo de abogados con el fin de solicitar asesoramiento legal en relación a la terminación de un contrato de suministro (folio 43 del expediente de recurso RAJ 008-21).
- Los correos electrónicos número 1 a 5 que figuran como archivos adjuntos al correo contenedor, entre YARA y ANTONIO TARAZONA, S.L:
  - Correo 1: Correo electrónico de 26 de noviembre de 2010, con asunto “Re Reunión Madrid 17- 11-10 (folios 134 a 138 del expediente de recurso RAJ 008-21).
  - Correo 2: Correo electrónico de 22 diciembre de 2011, con asunto “RE-Varios” (folios 139 y 140 del expediente de recurso RAJ 008-21).
  - Correo 3: Correo electrónico de 19 de abril de 2012, con asunto “archivo reunion Madrid”, que incluye el documento adjunto de título “Reunion 17-abril-2012 YARA” (folio 141 del expediente de recurso RAJ 008-21).

- Correo 4: Correo electrónico de 28 de febrero de 2013, con asunto “RV Urea 46 QATAR” (folio 142 y 143 del expediente de recurso RAJ 008-21).
- Correo 5: Correo electrónico de 9 de junio de 2013, con asunto “Re FELICITACION 09062013” (folios 144 y 145 del expediente de recurso RAJ 008-21).

### **1.2 Informe de la DC.**

Frente a lo alegado por la recurrente, la DC considera en su informe de 3 de febrero de 2021, 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 12 de enero de 2021 en ningún caso produce indefensión o perjuicio irreparable a los derechos o intereses legítimos de YARA, dado que la documentación incorporada al expediente no se encuentra protegida por el secreto profesional de las comunicaciones abogado-cliente.

### **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 3 de febrero de 2021, YARA reitera lo expuesto en su escrito de recurso y manifiesta que el e-mail contenedor forma parte del expediente, en contra de lo sostenido por la DC, y, subsidiariamente, para el caso de que el Consejo considere que el mismo nunca fue incorporado al expediente S/0032/19 de información reservada, los cinco e-mails adjuntos al mismo deberían haber sido excluidos del expediente S/0032/19, por ser parte integral de una Comunicación Pre-Procedimiento que nunca debió ser recopilada durante la Inspección, ni incorporada posteriormente al Expediente, al tratarse de comunicaciones confidenciales sujetas al secreto profesional.

### **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 12 de enero de 2021, por el que se deniega la exclusión del expediente de determinada información recabada durante la inspección realizada en la sede de YARA IBERIAN, S.A, es susceptible de ocasionar indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente, lo que conllevaría la estimación del recurso.

### **TERCERO.- Análisis del recurso presentado por YARA.**

El artículo 42 de la LDC 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 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.

Asimismo, el artículo 20 del RDC precisa que cuando se solicite la confidencialidad de datos o informaciones, el solicitante *“deberá hacerlo de forma motivada”*.

La Comisión Europea, por su parte, señala 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, 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<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> 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).

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<sup>2</sup>.

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 Sala<sup>3</sup>.

Según la recurrente, el acuerdo de la DC de 12 de enero de 2021 le genera indefensión y perjuicio irreparable al incorporar al expediente una comunicación (el e-mail contenedor y sus cinco e-mails adjuntos) que atenta contra su derecho de defensa por ser esta una comunicación confidencial sujeta a secreto profesional abogado-cliente.

YARA basa su recurso en tres motivos que se analizan a continuación:

- a) Ad cautelam, infracción del artículo 42 de la LDC, la Guía de Confidencialidad y la jurisprudencia que los desarrolla, al impedir el ejercicio por YARA de su derecho a solicitar la confidencialidad.**

YARA considera que, al afirmar la DC en su acuerdo de 12 de enero de 2021, en relación a los cinco correos electrónicos incorporados al expediente, que “*consta por tanto el conocimiento por parte de YARA del tratamiento otorgado a estos cinco correos electrónicos a los efectos de su incorporación al expediente, habiendo ya solicitado la confidencialidad de dos de ellos, confidencialidad que fue declarada por la Dirección de Competencia*”, se está vulnerando su derecho a solicitar la confidencialidad al amparo del artículo 42 de la LDC, argumentando que con dicha afirmación la Dirección de Competencia está desestimando una presunta solicitud de confidencialidad de YARA en relación a esta información por entender que la misma ya fue atendida con anterioridad.

Esta Sala considera que en ningún momento se ha impedido a YARA el ejercicio de su derecho a solicitar la confidencialidad.

En primer lugar, conforme al artículo 42 de la LDC, en cualquier momento del procedimiento puede declararse la confidencialidad de documentos y así lo hizo

---

<sup>2</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de diciembre de 2011.

<sup>3</sup> 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.

YARA al solicitar la confidencialidad de parte de la información recabada en la inspección de su sede e incorporada al expediente, en concreto y por lo que afecta a este recurso, 2 de los 5 correos electrónicos objeto de controversia, (correo electrónico número 1 y correo electrónico número 4) los cuales fueron declarados confidenciales en el acuerdo de la DC de 1 de octubre de 2020, por lo que no cabe considerar que se haya impedido a YARA el ejercicio de su derecho a solicitar confidencialidad.

Por otro lado, hay que señalar que en su escrito de 26 de octubre de 2020 YARA no realizó ninguna nueva petición de confidencialidad respecto del correo contenedor ni los cinco correos electrónicos incorporados al expediente (2 de ellos ya declarados confidenciales en el acuerdo de la DC de 1 de octubre de 2020), sino que solicitó la exclusión de dichos correos, motivo por el cual la DC no se pronunció en el acuerdo recurrido sobre la confidencialidad de la citada información.

En tercer lugar, al interponer el presente recurso, la DC ha entrado a valorar la confidencialidad de los citados correos (sólo 3 de ellos, pues los otros 2 fueron declarados confidenciales).

En cuanto al correo contenedor, la DC manifiesta que éste no ha sido incorporado al expediente de información reservada S/0032/19. Sin embargo, a los solos efectos de mantener la integridad de los elementos de prueba incorporados al expediente, en concreto, los citados 5 correos electrónicos adjuntos a dicho correo, y precisamente por la no ocultación de ese hecho, la DC en los listados remitidos indicó de forma expresa al referenciar dichos correos electrónicos en la ruta de éstos el citado correo contenedor y, en última instancia, en el acuerdo de 10 de noviembre de 2020, la DC incluyó la imagen de dicho correo en formato *pdf* en el listado remitido de archivos, ante las dudas manifestada por YARA en cuanto a la información incorporada al expediente y el origen de ésta. No obstante, ello no conducir a la incorporación de dicho correo contenedor al expediente por la Dirección de Competencia.

Por tanto, no constando incorporado al expediente el citado correo contenedor, no se puede declarar su confidencialidad ni tampoco es posible proceder a su exclusión.

De acuerdo con lo anterior, la alegación debe ser rechazada, al no haber impedido la DC en ningún momento el ejercicio por parte de YARA del derecho reconocido en el artículo 42 de la LDC a solicitar confidencialidad.

**b) Infracción del artículo 88.2 de la LPACAP, en relación con el artículo 24 de la CE, al carecer al acuerdo recurrido de la necesaria congruencia con las peticiones formuladas.**

YARA argumenta que, al no pronunciarse el acuerdo recurrido sobre la petición de exclusión del expediente del correo contenedor, se está incurriendo en una infracción del artículo 88.2 de la LPACAP al incurrir en sendos vicios (i) de incongruencia *ultra petita*, al pronunciarse exclusivamente sobre la exclusión de los cinco e-mails adjuntos al correo contenedor, y (ii) de incongruencia omisiva, al no pronunciarse sobre la confidencialidad del citado correo contenedor.

Frente a lo manifestado por la recurrente, por los motivos expuestos en el apartado anterior, esta Sala considera infundado el segundo motivo de recurso, al no haberse incorporado al expediente el citado correo contenedor, y fundamentar la DC en su acuerdo de 12 de enero de 2021, teniendo en cuenta la naturaleza y contenido de los 5 correos electrónicos incorporados al expediente, no sólo dicha incorporación sino también que éstos no quedan protegidos por la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente, sin perjuicio de que se mantenga la confidencialidad solicitada por YARA y declarada por acuerdo de la DC de 1 de octubre de 2020, respecto de 2 de esos correos (correos electrónicos de 26 de noviembre de 2020, con asunto “Re Reunión Madrid 17-11-10 y de 28 de febrero de 2013, con asunto “RV Urea 46 QATAR).

**c) Infracción del artículo 42 de la LDC, en relación con el artículo 24 de la CE y la jurisprudencia que los desarrolla, al incorporar al expediente un e-mail confidencial sujeto a secreto profesional, junto con sus adjuntos, generando indefensión y perjuicio irreparable.**

Según la recurrente, el acuerdo recurrido incurre en una infracción del artículo 42 de la LDC, al entender que el privilegio legal que ampara al correo contenedor se extiende también a los cinco correos electrónicos adjuntos incorporados al expediente.

YARA cita la jurisprudencia comunitaria recogida en la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de septiembre de 20107 en los asuntos acumulados Akzo Nobel Chemicals Ltd c. Comisión, señalando que las conclusiones de Akzo no resultan de aplicación ni al e-mail contenedor, ni por extensión a los correos adjuntos, al considerar que se trata de una comunicación abogado-cliente mantenida antes del procedimiento ante una autoridad de competencia y relacionada con el objeto del

mismo (comunicación *pre-procedimiento*) y no un supuesto de documentos preparatorios, que es el supuesto al que se refiere la citada jurisprudencia.

YARA entiende que la protección de que disfruta el correo contenedor es extensible a los cinco correos electrónicos adjuntos al mismo, en aplicación de la doctrina del “*fruto del árbol envenenado*”, consagrada por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 29 de noviembre de 1984 y con arreglo a la cual los citados correos electrónicos deberían de ser excluidos del expediente al haberse obtenido como consecuencia del indebido acceso al correo contenedor.

A este respecto, debe subrayarse, tal y como se ha expuesto en los apartados anteriores, que la DC no ha incorporado al expediente de información reservada S/0032/19, el citado correo contenedor, por lo que no procede pronunciarse sobre su confidencialidad, sin que el acceso a dicho correo durante la inspección haya supuesto vulneración alguna de los derechos de YARA, pues durante ésta se requirió expresamente a la empresa y a sus directivos que se manifestaran sobre documentación que pudiera quedar protegida por las comunicaciones entre abogado y cliente y, posteriormente, al incorporarse la documentación recabada en la inspección, dicho correo contenedor no se incorporó.

A mayor abundamiento, cabe señalar que, tal y como consta en los párrafos 64 y 65 del acta de la inspección, YARA no identificó el citado correo contenedor cuando se recabó en la inspección y tampoco posteriormente al incorporar la DC al expediente, mediante acuerdo de 14 de febrero de 2020, los cinco correos electrónicos adjuntos al correo contenedor, a los efectos de invocar tal protección ahora alegada, y ello, pese haberse indicado por la DC tal posibilidad según se deduce del párrafo 20 del acta de inspección.

Tal y como expuso esta Sala en su resolución de 18 de mayo de 2017, referida al expte. R/AJ/021/17, ALTADIS: *“Los documentos amparados por la confidencialidad abogado-cliente son documentos que se encuentran dentro del objeto de la investigación domiciliaria pero que quedan fuera del alcance del equipo inspector por su relación con el derecho de defensa amparado por el artículo 24 de la Constitución. Por ello, el simple acceso a estos documentos “de defensa” podría tener las repercusiones previstas en la jurisprudencia comunitaria que ALTADIS cita en su escrito de alegaciones. En contrapartida a esta especial protección, tanto la jurisprudencia nacional como comunitaria exigen al inspeccionado un comportamiento activo para alegar la existencia de documentos protegidos por la confidencialidad abogado-cliente, no resultando aceptables las meras alegaciones*

*genéricas sin concreción sobre documentos clara y debidamente individualizados e identificados (STS de 27 de abril de 2012)”.*

En este mismo sentido, el Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de abril de 2012 señala lo siguiente respecto a la forma de hacer valer la protección que el ordenamiento jurídico reconoce a la confidencialidad de la correspondencia mantenida entre los abogados y sus clientes<sup>4</sup>:

*“[...] STANPA no cumplió con la carga que el apartado 29 de la sentencia de 18 de mayo de 1982 del Tribunal de Justicia de la CEE (asunto 155/79 AM & Europe Limited) impone para que pueda dispensarse la protección de la confidencialidad de la comunicación abogado-cliente de que se viene hablando. Debe subrayarse, en apoyo de lo que antecede, que el criterio contenido en esta sentencia que acaba de mencionarse pretende, en definitiva, conciliar estas dos metas: asegurar el principio eficacia en lo que hace a la debida protección del libre juego de la competencia; y asegurar, también, todas las garantías que son inherentes al derecho de defensa y, entre ellas, la protección de la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente. Y esa conciliación se logra mediante esa carga impuesta a quien reclame la protección de la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente, pues está dirigida a evitar que su gratuita invocación pueda ser un obstáculo injustificado de las potestades reconocidas en el ordenamiento jurídico para asegurar que la protección del libre juego de la competencia alcance las debidas cotas de eficacia”.*

En esta línea se ha pronunciado también la Audiencia Nacional (AN) en sus sentencias de 21 de julio de 2014 y 18 de julio de 2016<sup>5</sup> en cuanto al acceso a documentación por la Dirección de Competencia en el transcurso de una inspección, sin que ello suponga, en concreto, una vulneración de la protección otorgada por el artículo 24 de la CE a las comunicaciones abogado-cliente.

Por otro lado, con respecto, a la incorporación al expediente de los cinco correos electrónicos adjuntos al e-mail contenedor, esta Sala entiende que los mismos no constituyen comunicaciones entre abogado y cliente, en la medida que contienen exclusivamente comunicaciones con contenido de carácter comercial entre YARA

---

<sup>4</sup> Sentencia del TS de 27 de abril de 2012. Rec. 6552/2009, en el Expte. S/0086/08 PELUQUERÍA PROFESIONAL.

<sup>5</sup> Sentencias de la AN de 21 de julio de 2014, en el Expte. R/0148/13 RENAULT y de 18 de julio de 2016, en el Expte. S/DC/0503/14 FABRICANTES DE TURRÓN.

IBERIAN y ANTONIO TARAZONA, S.L, empresa inspeccionada en la primera ronda de inspecciones realizada por la CNMC en septiembre de 2019, en relación a prácticas desarrolladas en el mercado objeto de investigación en la información reservada de referencia, por lo que, conforme a la jurisprudencia comunitaria<sup>6</sup>, no pueden beneficiarse de la protección reconocida a este tipo de comunicaciones.

La citada jurisprudencia reconoce, no obstante, la posibilidad de que determinada documentación, no incluida en el concepto de comunicación entre abogado y cliente, pueda disfrutar de similar protección cuando haya sido elaborada exclusivamente con vistas a pedir asesoramiento jurídico a un abogado en el marco del ejercicio del derecho de defensa (documentos preparatorios). En este sentido se pronuncia el TPI en su ya citada sentencia de 17 de septiembre de 2007:

*“123 Por consiguiente, procede declarar que, aunque los referidos documentos preparatorios no hayan sido intercambiados con un abogado o no se hayan creado para ser transmitidos materialmente a un abogado, podrán estar amparados por la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes cuando hayan sido elaborados exclusivamente con vistas a pedir asesoramiento jurídico a un abogado en el marco del ejercicio del derecho de defensa. En cambio, el mero hecho de que un documento haya sido objeto de discusión con un abogado no es suficiente para atribuirle la referida protección.*

*124 En efecto, debe recordarse que la protección en virtud de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes constituye una excepción a las facultades de inspección de la Comisión, que son esenciales para permitir que dicha institución descubra, ponga fin y sancione las infracciones de las normas sobre la competencia. Este tipo de infracciones, por lo demás, son con frecuencia objeto de concienzuda ocultación y resultan en general sumamente perniciosas para el buen funcionamiento del mercado común. Por esta razón, es necesario interpretar restrictivamente la posibilidad de que un documento preparatorio goce de protección en virtud de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes. Incumbe a la empresa que invoca tal protección la carga de probar que los documentos de que se trate han sido redactados con el único fin de pedir asesoramiento jurídico a un abogado. Lo anterior debe deducirse inequívocamente del contenido de*

---

<sup>6</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de mayo de 1982, asunto 155/79, *AM & S Europe Limited c. Comisión* (párr. 22 a 24) y sentencia del TPI de 17 de septiembre de 2007, en los asuntos acumulados T-125/03 y T-253/03, *Akzo Nobel Chemicals Ltd. c. Comisión*.

*los propios documentos o del contexto en el que éstos hayan sido preparados y localizados”.*

En parecido sentido se pronuncia la AN en su sentencia de 19 de noviembre de 2014, confirmada por el TS en sentencia de 4 de julio de 2016<sup>7</sup>:

*“[...] esta Sala comparte los razonamientos de la CNMC que le llevan a concluir que los referidos documentos no reúnen los requisitos necesarios para ser calificados como confidenciales y acogerse, en definitiva al “legal privilege”.*

*Se trata de una serie de comunicaciones internas entre directivos y administradores de la empresa recogidas en soporte informático y notas manuscritas que intercambian información sobre, ciertamente, extremos relacionados con el objeto de la investigación, pero, como subrayó la DC y nosotros compartimos su razonamiento, no hacen mención alguna a elementos que permitan concluir que se prepararon para trasladarlas a un abogado externo con el fin de solicitar su consejo legal.*

*“[...] no basta para acogerse a la excepción invocada recabar documentos preexistentes de la empresa aunque hubieran sido discutidos con un abogado, como ha ocurrido en este caso.*

*El elemento determinante para acogerse a la excepción, es la prueba de la expresa creación del documento para pedir asesoramiento jurídico a un abogado en el marco del ejercicio del derecho de defensa, lo que implica la identificación precisa del contenido del documento elaborado con ese fin, lo que la recurrente no ha acreditado, como deduce, a nuestro juicio acertadamente, la CNMC del examen de los documentos en la forma antes expuesta” (subrayado añadido).*

Sin embargo, si bien es cierto que los citados correos, fechados entre el 26 de noviembre de 2010 y el 9 de junio de 2013 e intercambiados entre YARA y ANTONIO TARAZONA, S.L., fueron posteriormente anexados a un correo electrónico enviado el 21 de abril de 2015 por YARA a un abogado externo, coincide esta Sala con la DC que no es posible considerar que el mero hecho de su inclusión en dicho correo contenedor convierta a los correos electrónicos que adjunta -todos ellos intercambiados por YARA con la citada empresa desde 2010 a 2013- en documentos

---

<sup>7</sup> Sentencia de la AN de 14 de noviembre de 2014, confirmada por sentencia del TS de 4 de julio de 2016, en el Expte. R/0156/13 BALAT.

preparatorios con vistas a pedir asesoramiento jurídico, como indica la citada jurisprudencia, so pena de extender injustificadamente el ámbito del privilegio legal a documentación que fue intercambiada hacía años y desde luego, no con vistas a solicitar dicho asesoramiento jurídico o creados para ser transmitidos a un abogado.

En este sentido, se ha pronunciado esta Sala en su Resolución de 21 de diciembre de 2017<sup>8</sup>:

*“En efecto, en la necesaria ponderación de los intereses en liza (la eficacia del derecho de la competencia por un lado, y el derecho de defensa de las empresas por el otro) no puede dejarse al arbitrio de cada empresa afectada la determinación de la existencia de comunicaciones con un abogado externo que no pueda ser contrastada, ni tampoco que, sobre la base de la existencia de dicha comunicación no contrastable, pueda invocarse tal protección respecto de supuestas reproducciones internas de dichas comunicaciones. Admitir tal práctica desvirtuaría el alcance de la protección del secreto de las comunicaciones abogado externo-cliente y permitiría que las empresas investigadas opusieran esta protección respecto de todos los documentos internos en los que se mencionase el nombre de uno de sus abogados externos, aunque los mismos no hubiesen participado en su elaboración ni tuviesen ninguna relación con su derecho de defensa.”*

Por tanto, como se ha señalado por la jurisprudencia citada, es necesario interpretar restrictivamente esta protección en virtud de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes.

Así, la citada sentencia de la AN de 19 de noviembre de 2014, confirmada por el TS en su sentencia de 4 de julio de 2016, remitiéndose a la jurisprudencia comunitaria, en concreto, las citadas sentencias del TPI de 17 de septiembre de 2007 y del Tribunal de Justicia de 18 de mayo de 1982, que señalan, entre otros, los siguientes principios básicos (subrayado añadido) afirma que:

*“1. La protección de la confidencialidad de las relaciones entre un abogado y su cliente, constituye un complemento necesario para el ejercicio del derecho de defensa y la manifestación de un principio básico del derecho comunitario. Se refiere a documentos específicamente elaborados para transmitirlos al abogado y solicitar su consejo profesional. No se refiere a documentos preexistentes, aunque éstos hayan sido discutidos con un abogado ni, sin más,*

---

<sup>8</sup> Resolución de la CNMC de 21 de diciembre de 2017, en el Expte. R/AJ/060/17 ALTADIS 2.

*a notas manuscritas derivadas de una conversación telefónica con un abogado, pues éstas deberán examinarse en su contexto y en atención a su finalidad.*

*2. El ejercicio de este derecho por parte del sujeto inspeccionado supone una excepción a la potestad esencial de la Comisión de recabar la documentación que estime necesaria para la tramitación y resolución de expedientes sancionadores en materia de Derecho de la Competencia. Por lo tanto será objeto de una interpretación restrictiva.*

*3. La mera invocación por la empresa de la confidencialidad de un documento, no es suficiente para dotarle de la protección al efecto pues debe probar que concurre tal circunstancia, precisando quién es su autor, su destinatario, las responsabilidades de ambos, y su finalidad. La protección se extiende también a comunicaciones anteriores al inicio de la actividad inspectora (...).”*

Es más, en el fundamento cuarto de la citada sentencia de la AN se indica lo siguiente:

*“CUARTO: En esta misma línea, el razonamiento de la DC, en la medida en que es asumido por la resolución recurrida y que compartimos sin dificultad, es muy claro sobre esta cuestión, pues, con invocación de la sentencia Akzo (punto 123) antes reseñada, recuerda que no basta para acogerse a la excepción invocada recabar documentos preexistentes de la empresa aunque hubieran sido discutidos con un abogado, como ha ocurrido en este caso.*

*El elemento determinante para acogerse a la excepción, es la prueba de la expresa creación del documento para pedir asesoramiento jurídico a un abogado en el marco del ejercicio del derecho de defensa, lo que implica la identificación precisa del contenido del documento elaborado con ese fin, lo que la recurrente no ha acreditado, como deduce, a nuestro juicio acertadamente, la CNMC del examen de los documentos en la forma antes expuesta”.*

De acuerdo con lo expuesto, teniendo en cuenta que los correos electrónicos incorporados al expediente y que se adjuntaron al correo enviado por YARA a un abogado externo el 21 de abril de 2015, se intercambiaron por YARA y ANTONIO TARAZONA, S.L. entre 2010 y 2013, y, por tanto, en ningún caso fueron creados para pedir asesoramiento jurídico en el marco del ejercicio del derecho de defensa, no pueden quedar protegidos por la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente, de acuerdo con la jurisprudencia nacional y comunitaria al respecto.

Por todo lo expuesto, esta Sala no aprecia motivos para acceder a la pretensión de YARA IBERIAN, S.A.

#### **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 12 de enero de 2021 es susceptible de ocasionar indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente.

##### **a) Ausencia de indefensión**

Como ha señalado en reiteradas ocasiones el Tribunal Constitucional, 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 defensa<sup>9</sup>.

En el mismo sentido, se ha pronunciado en reiteradas ocasiones la CNMC<sup>10</sup>.

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 constitucional<sup>11</sup>: “*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 que el acuerdo recurrido le provoca indefensión y perjuicio irreparable al incorporar al expediente un e-mail sujeto a secreto profesional relacionado con el objeto de la investigación (e-mail contenedor) juntos a cinco e-mails adjuntos al mismo.

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

---

<sup>9</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 15/1995, de 24 de enero.

<sup>10</sup> Resolución de la CNMC de 9 de enero de 2020 Expte. R/AJ/131/19, FACTOR IDEAS INTEGRAL SERVICES).

<sup>11</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 71/1984.

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<sup>12</sup>.

A la vista de lo expuesto en los apartados precedentes, no cabe apreciar que el acuerdo recurrido haya podido ocasionar indefensión alguna a la recurrente. El acuerdo de 12 de enero de 2021 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 en ningún momento se ha producido menoscabo alguno de sus derechos de defensa. Por ello, no resulta posible apreciar que el acuerdo de 12 de enero de 2021 haya ocasionado indefensión a YARA.

#### **b) Ausencia de perjuicio irreparable**

Una vez descartado que el acuerdo de la DC 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 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).

Esta Sala, contrariamente a lo alegado por YARA, entiende que el acuerdo de la DC de 12 de enero de 2021, por el que se denegaba la exclusión del expediente de determinada documentación recabada en la inspección realizada en la sede de la empresa, no es susceptible de provocar un perjuicio irreparable a la empresa, toda

---

<sup>12</sup> 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).

vez que el e-mail contenedor no ha sido incorporado al expediente, y los cinco correos electrónicos adjuntos al mismo incorporados al expediente no se encuentran protegidos por la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente, tal y como se ha analizado detalladamente en el Fundamento de derecho tercero, sin perjuicio de la ya declarada confidencialidad de dos de esos correos ( correo electrónico número 1 y 4) mediante acuerdo de la DC de 1 de octubre de 2020.

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 CNMC<sup>13</sup>.

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 12 de enero de 2021.

---

<sup>13</sup> 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. 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 TRANSPORTES 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 ELECNOR; de 4 de diciembre de 2018, R/AJ/067/18 THALES ESPAÑA.

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.