

**GUÍA SOBRE EL TRATAMIENTO DE LA INFORMACIÓN CONFIDENCIAL Y
LOS DATOS PERSONALES EN PROCEDIMIENTOS DE DEFENSA DE LA
COMPETENCIA DE LA LEY 15/2007.**

4 de junio de 2020

GUÍA SOBRE EL TRATAMIENTO DE LA INFORMACIÓN CONFIDENCIAL Y LOS DATOS PERSONALES EN PROCEDIMIENTOS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE LA LEY 15/2007.

1. OBJETIVO	1
2. ACCESO AL EXPEDIENTE Y PUBLICACIÓN DE RESOLUCIONES	2
3. PONDERACIÓN DE DERECHOS E INTERESES	4
4. CRITERIOS PARA LA VALORACIÓN DE LA CONFIDENCIALIDAD DE LOS DOCUMENTOS.....	5
4.1 SECRETOS COMERCIALES Y OTRA INFORMACIÓN CONFIDENCIAL	6
4.2 DOCUMENTACIÓN NO CONFIDENCIAL POR SU PREVIA DIFUSIÓN	10
4.3 DOCUMENTACIÓN NO CONFIDENCIAL POR SER NECESARIA PARA FIJAR EL ALCANCE, CONTENIDO Y/O EFECTOS DE LAS PRÁCTICAS OBJETO DEL PROCEDIMIENTO	11
5. DATOS DE CARÁCTER PERSONAL	12
6. INFORMACIÓN AMPARADA POR EL PRIVILEGIO LEGAL.....	14
7. ASPECTOS PROCEDIMENTALES DE LA CONFIDENCIALIDAD.....	15
7.1 SOLICITUD DE CONFIDENCIALIDAD.....	15
7.2 PROCEDIMIENTO DE RESOLUCIÓN	17

1. OBJETIVO

La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (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 diferente¹.

En efecto, tanto la LDC, como el Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (RDC), contienen previsiones sobre la confidencialidad durante la tramitación de los procedimientos administrativos a través de los que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) ejerce sus competencias, ya sean expedientes sancionadores o de control de concentraciones económicas.

En particular, el artículo 42 de la LDC establece que se podrá solicitar que se mantenga la confidencialidad de determinados datos o documentos en cualquier momento del procedimiento:

¹ Véanse Resoluciones del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, de 25 de agosto y de 15 de septiembre de 2017, de reclamaciones presentadas al amparo del artículo 24 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

“En cualquier momento del procedimiento se podrá ordenar, de oficio o a instancia de parte, que se mantengan secretos los datos o documentos que consideren confidenciales, formando con ellos pieza separada (...)”.

La aplicación de esta normativa de confidencialidad ha dado lugar en los últimos años a numerosas resoluciones del anterior Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), y del actual Consejo de la CNMC², así como a sentencias de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo en relación con la confidencialidad de datos o documentos en expedientes de competencia.

A la luz de la doctrina y la jurisprudencia establecidas en los últimos años, resulta pertinente la elaboración de un documento que revise los aspectos sustantivos y procedimentales más relevantes en relación con la declaración de confidencialidad en el marco de la tramitación de procedimientos relacionados con conductas contrarias a la competencia y con el control de concentraciones.

El objetivo de este documento es proporcionar a los interesados en los procedimientos de competencia unas directrices que les orienten en sus solicitudes de confidencialidad de los documentos que integran los distintos expedientes, a la vista de las resoluciones y sentencias existentes sobre la materia, reflejando los casos más comunes planteados en las solicitudes de confidencialidad presentadas y la valoración que sobre las mismas viene realizando la CNMC.

De esta forma, la guía contribuirá a otorgar una mayor seguridad jurídica a los participantes en los procedimientos regulados por la LDC.

2. ACCESO AL EXPEDIENTE Y PUBLICACIÓN DE RESOLUCIONES

La necesidad de declarar la confidencialidad de la documentación que obra en un expediente, tanto en el marco de expedientes sancionadores como de control de concentraciones, radica en el acceso que a esa información vayan a tener los interesados en el procedimiento.

El acceso a la información que obra en un expediente puede tener lugar bien durante la tramitación del mismo, por parte de otros interesados en el procedimiento, bien a la finalización del mismo, como consecuencia de la publicación de las resoluciones del Consejo. Ambas obligaciones – dar acceso a los expedientes y publicar de las resoluciones – se encuentran recogidas en la normativa aplicable.

En el caso de los procedimientos sancionadores en materia de conductas prohibidas, el artículo 31 del RDC establece que, una vez incoado el expediente, los interesados podrán tener acceso a todos los documentos que lo integren, una vez resuelta la confidencialidad. De esta forma, tras la incoación, la información contenida en el expediente solo es accesible a los sujetos (personas físicas o jurídicas) declarados interesados en el procedimiento, por lo que el hecho de no declarar la confidencialidad solicitada no significa que tal información adquiera el carácter de pública. Adicionalmente, todos aquellos que tengan acceso a la información contenida en un expediente están sometidos al deber de secreto

² Para mayor facilidad y por aspectos prácticos se tratará tanto al Consejo de la CNC como al Consejo de la CNMC como “el Consejo”.

establecido en el artículo 43 de la LDC³.

En el caso de los procedimientos de control de concentraciones, el artículo 67 del RDC establece que, tras la notificación del pliego de concreción de hechos a los interesados, estos podrán solicitar tomar vista del expediente, una vez depurados los aspectos confidenciales del mismo. Adicionalmente, el artículo 66.1 del RDC establece que las personas físicas o jurídicas que puedan resultar afectadas por el expediente solo podrán solicitar su condición de interesados una vez iniciada la segunda fase del procedimiento de control de concentraciones económicas. Por tanto, al igual que en el caso de los expedientes en materia de conductas prohibidas, la información contenida en los expedientes será accesible únicamente a los declarados interesados en el procedimiento y solo en el caso de que la operación de concentración pase a segunda fase.

Por lo que se refiere a la publicación de las resoluciones, el artículo 37 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (Ley 3/2013), establece que la CNMC debe hacer públicas todas las disposiciones, resoluciones, acuerdos e informes que se dicten, una vez notificados a los interesados, tras resolver en su caso sobre los aspectos confidenciales de su contenido. En particular, por lo que se refiere a los procedimientos regulados en la LDC, establece que se difundirán las resoluciones que pongan fin a los procedimientos, la iniciación de un expediente de control de concentraciones, la incoación de expedientes sancionadores y la realización de inspecciones.

Así, las resoluciones del Consejo de la CNMC, tanto en el caso de expedientes en materia de conductas prohibidas como de control de concentraciones, son publicadas en la página web de la CNMC, una vez depurados los aspectos confidenciales. Con ello, se lleva a cabo un ejercicio de transparencia que otorga seguridad jurídica a los ciudadanos y empresas y, además, facilita la supervisión en aquellos casos en los que las resoluciones recogen determinadas obligaciones para las partes. Por su parte, la publicación del inicio de expedientes sancionadores y de control de concentraciones facilita que terceros afectados por estos expedientes puedan colaborar con la CNMC y aportar información relevante para la investigación e instrucción desde el inicio de dichos procedimientos.

³ Entre otras, las Resoluciones del Consejo de 7 de febrero de 2013 (R/0120/12, AGLOLAK), 26 de octubre de 2017 (R/AJ/051/17, SOFTWARE AG 2) y 21 de diciembre de 2017 (R/AJ/060/17, ALTADIS 2).

Acceso al expediente en los procedimientos de la LDC				
	¿Quién?	¿Cuándo?	¿A qué?	Publicación
Información reservada	Nadie			• Resolución
Conductas	Interesados	Desde incoación	Información NO confidencial	• Inspección • Incoación • Resolución
Concentraciones	Interesados	Segunda fase	Información NO confidencial	• Nota sucinta • Resolución
Vigilancias	Vigilados	Desde el principio	Información NO confidencial	• Resoluciones

3. **PONDERACIÓN DE DERECHOS E INTERESES**

La LDC posibilita que las partes en un procedimiento puedan instar la confidencialidad de determinados documentos obrantes en el mismo, si bien ello no constituye un principio absoluto, sino que debe matizarse por las circunstancias de cada caso. Así lo ha señalado en reiteradas ocasiones el Consejo⁴ y ha sido reconocido por la Audiencia Nacional cuando hace 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 carácter⁵.

Tal y como ha establecido el Tribunal Supremo⁶, esta declaración de confidencialidad está reservada a la CNMC⁷, sin perjuicio de la revisión jurisdiccional que con posterioridad pueda existir sobre la ponderación de intereses realizada:

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

En el proceso de valoración del carácter confidencial de los datos deben ponderarse no solo la protección de los secretos de la empresa, sino también

⁴ Entre otras, las Resoluciones del Consejo de 22 de febrero de 2012 (R/0091/11 ESSELTE), 7 de febrero de 2013 (R/0121/12 MADERAS JOSE SAIZ), 26 de septiembre de 2013 (R/0150/13, SGAE), 22 de noviembre de 2013 (R/0152/13, TRANSPORTES ANTONIO BELZUNCES), 24 de enero de 2014 (R/0158/13, TRANSPORTES CARLOS), 2 de abril de 2014 (R/DC/0009/14, EUROPAC), 23 de octubre de 2014 (R/AJ/0307/14 BODEGAS JOSÉ ESTÉVEZ, S.A.), 26 de octubre de 2017 (R/AJ/051/17, SOFTWARE AG 2), 19 de diciembre de 2018 (R/AJ/069/18, BEI) y 18 de julio de 2019 (R/AJ/055/19 NOKIA 2).

⁵ Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de diciembre de 2011 (SAN 5386/2011).

⁶ Auto del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2007 (ATS 699/2007).

⁷ La Dirección de Competencia valorará esta confidencialidad hasta el cierre de la fase de instrucción. Posteriormente, el interesado podrá solicitar la declaración de confidencialidad al Consejo (Resolución de 21 de abril de 2009 [R/019/09 ASOCIACION FABRICANTES HELADOS]).

otros principios adicionales, igualmente tutelables aunque contradictorios, como son el derecho de defensa de quienes son imputados en un procedimiento sancionador y el de no producir indefensión o perjuicios irreparables a terceros (interesados o no en el procedimiento), como los clientes de las empresas incoadas en el expediente sancionador, o los clientes y competidores en las operaciones de concentración.

En consecuencia, la declaración de confidencialidad es una decisión resultado de valorar los distintos principios en juego, atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto y siempre motivadamente⁸.

4. CRITERIOS PARA LA VALORACIÓN DE LA CONFIDENCIALIDAD DE LOS DOCUMENTOS

Tal como ha señalado reiteradamente el Consejo en sus resoluciones y ha venido avalando la jurisprudencia, para evaluar si procede la declaración de confidencialidad de un documento obrante en un procedimiento, es necesario llevar a cabo un **triple análisis**⁹:

- en primer lugar, determinar si se trata de un documento que contenga datos cuyo conocimiento pueda efectivamente causar un perjuicio significativo, con lo que se evaluaría su propia consideración de secreto comercial;
- en segundo lugar, si tratándose de datos cuyo conocimiento pueda efectivamente causar un perjuicio significativo, estos han tenido difusión entre las partes y/o terceros, perdiendo en gran medida la justificación de que de la difusión en el marco del expediente puede derivarse dicho perjuicio. Así, en el caso de un secreto de negocio, su difusión generaría la pérdida de su consideración como secreto;
- y, en tercer lugar, si se trata de datos que, aun pudiendo causar un perjuicio y no habiendo sido difundidos, son necesarios para fijar los hechos o entender el análisis y la valoración objeto del procedimiento, así como para garantizar el derecho de defensa de otros interesados en el procedimiento¹⁰.

Asimismo, existen otras razones que pueden justificar la declaración de confidencialidad, a instancia de parte o de oficio, de determinados datos obrantes en el expediente, que habrán de ser evaluados de forma individual¹¹.

⁸ Entre otras, las Resoluciones del Consejo de 18 de abril de 2013 (R/0131/13, Palets Joan Martorell 2) y 16 de febrero de 2017 (R/AJ/683/2016, PERSUADE COMUNICACIÓN).

⁹ Entre otras, las Resoluciones del Consejo de 18 de abril de 2013 (R/0131/13, Palets Joan Martorell 2), de 24 de enero de 2014 (R/0158/13 TRANSPORTES CARLOS), de 7 de febrero de 2014 (R/0161/13 SBS), de 2 de abril de 2014 (R/DC/0009/14 EUROPAC), de 23 de octubre de 2014 (R/AJ/0307/14 BODEGAS JOSÉ ESTÉVEZ), de 28 de enero de 2016 (R/AJ/117/15 RENALETTO), de 5 de marzo de 2016 (R/AJ/0409/14, LABORATORIOS INDAS), de 21 de julio de 2016 (R/AJ/065/16 CABLES RCT), de 29 de noviembre de 2016 (R/AJ/632/16 TOP CABLE) y 18 de julio de 2019 (R/AJ/054/19 NOKIA).

¹⁰ Debe tenerse en cuenta que puede declararse la confidencialidad de determinada información en relación con determinadas empresas por lo que no sólo se debe valorar si es confidencial, sino también frente a quién.

¹¹ Así y de acuerdo con el artículo 14 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, el derecho de acceso podrá ser limitado cuando acceder a la información suponga un perjuicio

4.1 SECRETOS COMERCIALES Y OTRA INFORMACIÓN CONFIDENCIAL

Puede entenderse que un secreto comercial es cualquier información directamente relacionada con la actividad económica de la empresa cuya divulgación pudiera causarle un perjuicio grave a la misma¹².

Deben cumplirse tres criterios acumulativos para entender que una determinada información constituye un secreto de negocio y, por tanto, puede ser declarado confidencial: i) es conocida únicamente por un reducido número de personas, ii) su divulgación podría causar un grave perjuicio y iii) los intereses que pudieran verse afectados por la divulgación de la información son, objetivamente, dignos de protección¹³.

Pueden ser susceptibles de ser declarados confidenciales por constituir un secreto de negocio, entre otros, los siguientes datos:

- la información técnica o financiera relativa a los conocimientos técnicos de una empresa,
- los métodos de evaluación de costes,
- los procesos, métodos o activos de producción,
- las cantidades producidas y vendidas,
- las estimaciones de cuotas de mercado no basadas en datos públicos o fácilmente accesibles¹⁴,
- los ficheros, listados o datos concretos de clientes, distribuidores y proveedores,
- la estrategia comercial y de ventas,
- la estructura, listados o datos concretos de costes y precios,
- los volúmenes de negocio que no obren en las cuentas anuales de la empresa¹⁵.

Por el contrario, se considera que, en general, no constituyen un secreto de

para a) La seguridad nacional. b) La defensa. c) Las relaciones exteriores. d) La seguridad pública. e) La prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios. f) La igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva. g) Las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control. h) Los intereses económicos y comerciales i) La política económica y monetaria. j) El secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial. k) La garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión. l) La protección del medio ambiente. En cualquier caso, la aplicación de estos 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, como puede suceder con el derecho de defensa.

¹² Así está definido en 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) 139/2004 del Consejo" y así ha sido recogido por la Audiencia Nacional, en su sentencia de 2 de diciembre de 2011 (SAN 5386/2011).

¹³ Así está establecido en la "Guía para la preparación de versiones públicas de las Decisiones de la Comisión Europea, adoptadas bajo los artículos 7 a 10, 24 y 25 del Reglamento 1/2003" y en este mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno en el Criterio Interpretativo 1/2019, de 24 de septiembre de 2019.

¹⁴ La práctica habitual en el ámbito de control de concentraciones es la sustitución de las cuotas de mercado por horquillas porcentuales, en línea con lo establecido en la "Guía para la preparación de versiones públicas de las Decisiones de la Comisión Europea adoptadas en materia de control de concentraciones".

¹⁵ El capítulo VI del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, recoge la obligación del depósito y publicidad de las cuentas anuales en el Registro Mercantil.

negocio y, por tanto, no pueden ser considerados confidenciales, los siguientes datos:

- aquellos datos depositados en registros públicos¹⁶ o fácilmente accesibles al público, aunque su adquisición sea bajo coste¹⁷, como el Registro mercantil (identidad de accionistas, porcentajes del capital social, volúmenes de negocio que obren en las cuentas anuales de la empresa) o el Registro de asociaciones (miembros de una asociación¹⁸, promotores de la misma, titulares de órganos de gobierno, etc.)¹⁹. Evidentemente esto no significa que los datos que no consten en registros públicos deban ser confidenciales, puesto que sería preciso acreditar que su difusión genera un perjuicio al interesado²⁰,
- aquellos datos (ofertas) sobre licitaciones nacionales finalizadas y no finalizadas. En este supuesto, serán no confidenciales, en el caso de los procedimientos abiertos y en el procedimiento restringido, una vez producida la apertura de proposiciones, momento en el que cualquier competidor puede acceder a dicha información. En el caso de que se utilice un procedimiento con negociación, de asociación para la innovación o al que le sean aplicables las normas especiales de los concursos de proyectos, los datos pueden ser confidenciales hasta que exista una resolución de adjudicación, para no perjudicar la dinámica e intereses de la licitación. En las licitaciones de instituciones de la UE y Estados Miembros de la UE y Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, no serán confidenciales los datos cuando las ofertas hayan sido tramitadas mediante procedimientos abiertos o restringidos en los que ya se haya producido la apertura de proposiciones²¹.
- aquellos datos que han sido difundidos en mayor o menor medida por la empresa o que son de conocimiento general entre los especialistas del sector,
- aquellos datos que no reflejen la estrategia empresarial de la empresa, aunque no se trate de información pública (por ejemplo, detalles de

¹⁶ Toda vez que su finalidad es dar publicidad formal a determinados hechos, circunstancias o derechos.

¹⁷ Sobre este particular, la "Guía para la preparación de versiones públicas de las Decisiones de la Comisión Europea adoptadas en materia de control de concentraciones" dispone que: "[...] en principio la Comisión considera que la siguiente información no está cubierta normalmente por la obligación de secreto profesional: la información públicamente accesible, incluso cuando sólo fuera mediante pago a servicios informatizados especializados o cuando su conocimiento sea generalizado entre especialistas del ámbito". Véase igualmente la Resolución del Consejo de 23 de octubre de 2014 (R/AJ/0307/14 BODEGAS JOSÉ ESTÉVEZ, S.A.), donde se denegó la confidencialidad de determinada información de la estructura funcional de la empresa por ser accesible a través de bases de datos de empresas disponibles en el mercado.

¹⁸ Resolución de 28 de diciembre de 2011 (Expte R/0084/11 ELTC 3).

¹⁹ Tampoco lo contenido en los siguientes documentos: a) El acta fundacional y aquéllas en que consten acuerdos que modifiquen los extremos registrales o pretendan introducir nuevos datos en el Registro. b) Los Estatutos y sus modificaciones. c) La relativa a la apertura, traslado o clausura de delegaciones o establecimientos. d) La referente a la incorporación o baja de asociaciones en federaciones, confederaciones y uniones; y, en el Registro en que éstas se encuentren inscritas, la relativa a la baja o incorporación de asociaciones. e) La que se refiera a la disolución y al destino dado al patrimonio remanente como consecuencia de la disolución de la entidad.

²⁰ Resolución del Consejo de 12 de septiembre de 2012 (en los asuntos acumulados R/0106/12, R/108/12, R/109/12 y R/110/12 CARPA DORADA) y de 22 de abril de 2013 (R/0130/13 PALETS JOAN MARTORELL).

²¹ Resolución del Consejo de 9 de enero de 2020 (R/AJ/131/19, FACTOR IDEAS INTEGRAL SERVICES).

contratos o documentos que no revelen su contenido ...),

- aquellos datos sobre los que no quede justificado el perjuicio que puede causar a la empresa interesada,
- valoraciones o descripciones efectuadas en base al conocimiento general del mercado,
- las estimaciones internas realizadas por las empresas (por ejemplo, sobre la actividad de sus competidores), en la medida en que la empresa no explique cuál es la fuente ni el método de trabajo con el que ha elaborado dichas estimaciones²².

En cualquier caso, en toda declaración de confidencialidad deben tenerse en cuenta las particularidades de los datos, de la empresa, del contexto jurídico y económico, etc., lo que exige un examen caso por caso.

La justificación motivada del perjuicio grave provocado por la divulgación de la información susceptible de ser considerada confidencial por su naturaleza de secreto comercial, deberá ser realizada específicamente para todos y cada uno de los documentos cuya confidencialidad se solicita, sin que puedan utilizarse argumentaciones genéricas y de carácter global aplicables a la totalidad de documentos.

La Sala de Competencia del Consejo CNMC estableció en su Resolución de 7 de febrero de 2014 (R/0161/13, SBS) que la justificación de la parte interesada sobre el perjuicio grave que le supondría la divulgación del pretendido secreto comercial debería realizarse tanto en la solicitud presentada en el expediente de referencia, como en los escritos presentados en el ámbito de un eventual recurso administrativo contra la denegación del carácter confidencial.

Igualmente, es necesario tener en cuenta que, con el transcurso del tiempo, determinada información que en un primer momento podía considerarse confidencial, por constituir un secreto de negocio, deja de serlo ya que, por su antigüedad, no corresponde a la situación actual de una empresa o sector económico, que, como regla, se encontrarán en constante adaptación a las circunstancias económicas y comerciales del mercado, variables a lo largo del tiempo²³.

El Tribunal General ha considerado que un periodo de cinco años es suficiente para que la información pierda su condición de confidencial y que el tratamiento confidencial a datos históricos debe concederse excepcionalmente, cuando el solicitante demuestre que aún constituye un elemento esencial de su posición comercial²⁴.

Dicha presunción de ausencia de carácter confidencial de los documentos con

²² Resoluciones del Consejo de 23 de junio de 2010 (R/039/10 HORMIGON Y PRODUCTOS RELACIONADOS), de 27 de julio de 2010 (R/043/10 CEMENTOS PORTLAND VALDERRIVAS), de 12 de enero de 2011 (R/056/10 MEKANO4), de 22 de febrero de 2012 (R/091/11 ESSELTE), de 21 de diciembre de 2017 (R/AJ/060/17, ALTADIS 2) y de 19 de diciembre de 2018 (R/AJ/069/18, BEI).

²³ Entre otras, las resoluciones del Consejo de 22 de abril de 2013 (R/0130/13 PALETS JOAN MARTORELL), 23 de octubre de 2014 (R/AJ/0307/14 BODEGAS JOSÉ ESTÉVEZ, S.A.), 29 de noviembre de 2016 (R/AJ/632/16 TOP CABLE) y 13 de diciembre de 2018 (R/AJ/068/18 CAF SIGNALLING), 19 de diciembre de 2018 (R/AJ/069/18, BEI) y 30 de abril de 2019 (R/AJ/007/19 CAF SIGNALLING 2) y la Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de mayo de 2016 (SAN 1654/2016).

²⁴ Sentencia del Tribunal General de 28 de enero de 2015 "Evonik vs Commission T-341/12".

antigüedad mayor a 5 años ha sido establecida en numerosas ocasiones por el órgano instructor, corroborada por el Consejo y confirmada por los tribunales²⁵.

No obstante lo anterior, excepcionalmente puede darse el caso de mercados en los que 5 años de antigüedad no sean suficientes para considerar que los datos han quedado obsoletos. Como ha señalado la Audiencia Nacional en su Sentencia de 13 de mayo de 2016 (SAN 1654/2016)²⁶ la jurisprudencia “*admite la posibilidad de que la parte afectada pruebe que, a pesar del tiempo transcurrido, los documentos siguen teniendo valor comercial estratégico. La carga de dicha prueba corre a cargo de quien solicita el mantenimiento de la confidencialidad y puede basarse en circunstancias que tiendan a justificar la homogeneidad y estabilidad del mercado en el tiempo*”. En estos casos excepcionales, corresponde a la CNMC valorar la confidencialidad de la información, con base en las justificaciones aportadas por los solicitantes.

Junto con los secretos comerciales, existe otro tipo de información que también puede ser declarada confidencial, en la medida en que su revelación podría perjudicar significativamente a una persona o una empresa.

En este sentido se establece en el apartado 19 de la Comunicación de la CE relativa a las normas de acceso al expediente:

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

En la resolución del Consejo de la CNC de 2 de octubre de 2013²⁷ se confirmó la confidencialidad de la identidad del remitente de un correo electrónico que informaba de la existencia de determinados hechos y se consideró que esto no generaba indefensión a las partes en el expediente.

Para el caso específico de la confidencialidad en el marco del programa de clemencia, se estará a lo dispuesto en la Comunicación del programa de clemencia²⁸

²⁵ Entre otras, la Sentencia del Tribunal General de 15 de julio de 2015, asunto T-462/12 Pilkington, apartado 58, y la Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de mayo de 2016.

²⁶ En relación al recurso R/0146/13 LANTERO CARTON, en el marco del expediente S/0469/13 FABRICANTES DE PAPEL Y DE CARTÓN ONDULADO.

²⁷ Resolución dictada en el expediente R/0147/13, ATFRIE, en el marco del expediente S/0454/12 TRANSPORTE FRIGORÍFICO.

²⁸ <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/competencia/programa-de-clemencia>.

4.2 DOCUMENTACIÓN NO CONFIDENCIAL POR SU PREVIA DIFUSIÓN

Para ser considerada como confidencial, la información no puede tener carácter público, es decir, no puede ser ya conocida por terceros ni resultar fácilmente accesible para las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice ese tipo de información. Además, debe haber una voluntad del titular de la información de mantenerla alejada del conocimiento público.

Así lo estableció el Tribunal de Primera Instancia en su Sentencia de 18 de septiembre de 1996:

“Los secretos comerciales son informaciones que no sólo no pueden divulgarse al público sino que incluso su mera comunicación a un sujeto de Derecho distinto del que ha suministrado la información puede perjudicar gravemente a los intereses de éste”²⁹.

No es necesario que dicha difusión haya sido realizada por la empresa o por otro de los interesados en el expediente, sino que basta con que los datos para los que se solicita la confidencialidad sean conocidos fuera del ámbito específico de la empresa³⁰.

La necesidad de que la información para la que se solicita la confidencialidad no haya sido difundida para evitar que la misma pierda la consideración de secreto comercial ha sido establecida también en numerosas resoluciones del Consejo, señalando específicamente los siguientes tipos de documentos como casos de información que ha perdido tal carácter confidencial:

- a) El contenido de comunicaciones entre competidores³¹.
- b) Correos electrónicos remitiendo información difundida por una Asociación o información intercambiada en el seno de reuniones entre competidores³².
- c) Anotaciones manuscritas de directivos de empresas y realizadas en el seno de reuniones con otras empresas, encontradas en el marco de inspecciones, así como en general los datos que consten en actas de la asociación³³.

No obstante, y como se ha mencionado anteriormente, si bien cualquier secreto de negocio conocido fuera de la empresa perdería su condición de dato confidencial, deben considerarse las condiciones particulares de cada caso.

Así, por ejemplo, podría declararse confidencial para algunos interesados en el expediente un determinado secreto de negocio que hubiera sido compartido

²⁹ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de septiembre de 1996 (asunto Postbank NV vs Comisión).

³⁰ Resolución del Consejo de 2 de abril de 2014 (R/DC/0009/14, EUROPAC), 8 de enero de 2015 (R/AJ/0319/14, AERC) y párrafo 23 de la “Guía para la preparación de versiones públicas de las Decisiones de la Comisión Europea adoptadas en materia de control de concentraciones: *“no se considerará, en principio, confidencial la información relativa a una empresa que ya se conozca fuera de la empresa (o, tratándose de un grupo, fuera de éste) o fuera de la asociación a la que lo haya comunicado la empresa en cuestión.”*

³¹ Resoluciones del Consejo de 18 de abril de 2013 (R/0131/13 PALETS JOAN MARTORELL 2), 16 de mayo de 2011 (R/064/11 CTTSTRONGHOLD 3), 19 de diciembre de 2018 (R/AJ/069/18, BEI) y 9 de mayo de 2019 (R/AJ/009/19 INGEVITY).

³² Resoluciones del Consejo de 18 de abril de 2013 (R/0135/13 SERRADORA BOIX) y 8 de enero de 2015 (R/AJ/0319/14, AERC).

³³ Resoluciones del Consejo de 22 de junio de 2011 (Expte R/070/11 GRAFOPLAS 2) y 29 de noviembre de 2016 (R/AJ/632/16 TOP CABLE).

únicamente entre parte de los competidores, siempre y cuando no afectara al derecho de defensa de los restantes interesados.

En general, los datos sobre una empresa que hayan sido recabados en la sede de otra empresa no son confidenciales, salvo que la empresa pueda justificar su origen legítimo y el grave perjuicio que ocasionaría a la empresa el conocimiento de dicha información por parte del resto de interesados en el expediente³⁴.

4.3 DOCUMENTACIÓN NO CONFIDENCIAL POR SER NECESARIA PARA FIJAR EL ALCANCE, CONTENIDO O EFECTOS DE LAS PRÁCTICAS OBJETO DEL PROCEDIMIENTO

El tercero de los puntos del triple análisis anteriormente señalado para considerar la confidencialidad de una documentación determinada, hace referencia a aquellos documentos que aun pudiendo ser considerados secretos comerciales, pierden su carácter confidencial al ser necesarios para fijar el alcance, contenido o efectos de las prácticas objeto del procedimiento de referencia. Tal y como ha establecido el Consejo repetidamente³⁵, la confidencialidad no puede convertirse en un impedimento para la averiguación de los hechos y la calificación de las conductas, en el sentido de que no procedería declarar confidencial la documentación que contuviese información necesaria para probar los hechos objeto del expediente³⁶.

Cualquier indicio de que las supuestas prácticas anticompetitivas que están siendo objeto de análisis en el marco del expediente sancionador se hayan llevado a cabo debe ser accesible a las partes interesadas, ya que otorgarle la confidencialidad podría causarles indefensión o vulnerar sus intereses legítimos.

Por tanto, aunque sean datos que constituyan secretos comerciales que no hayan sido difundidos, pueden ser declarados no confidenciales en la medida en que para respetar el derecho de defensa nadie puede ser condenado con base en documentación declarada confidencial que no pueda ser, por tanto, rebatida por el interesado.

La aplicación de dicho criterio (información necesaria para la instrucción del expediente y para salvaguardar el derecho de defensa de los interesados) exige que el dato debe tener al menos la aptitud para probar hechos relacionados con la investigación o rebatir alegaciones realizadas por las partes en el procedimiento.

En todo caso, tal y como ha señalado el Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de mayo de 2018 (STS 236/2018), el otorgamiento del carácter confidencial a cierta información solo puede generar indefensión a terceros en un momento

³⁴ Resoluciones del Consejo de 16 de mayo de 2011, Expte. R/0064/11 CTT STRONGHOLD 3, de 27 de enero de 2011, Expte. R/0058/10 CTT STRONGHOLD 2, de junio de 2011 (R/070/11 GRAFOPLAS 2), de 19 de septiembre de 2013 (R/0146/13 LANTERO CARTON), de 24 de enero de 2014 (Expte. R/0158/13, TRANSPORTES CARLOS), 18 de julio de 2019 (R/AJ/054/19 NOKIA) y 18 de julio de 2019 (R/AJ/055/19 NOKIA 2).

³⁵ Entre otras, las Resoluciones del Consejo de 29 de noviembre de 2016 (R/AJ/632/16 TOP CABLE), 21 de diciembre de 2017 (R/AJ/060/17, ALTADIS 2), 19 de diciembre de 2018 (R/AJ/069/18, BEI), 30 de abril de 2019 (R/AJ/007/19 CAF SIGNALLING 2) 11 de julio de 2019 (R/AJ/033/19 ADVANCED ACCELERATOR APPLICATIONS IBÉRICA, S.L.U) y 18 de julio de 2019 (R/AJ/055/19 NOKIA 2).

³⁶ Véase también la Sentencia de la AN de 13 de mayo de 2016 (SAN 1654/2016) que confirma el criterio de la Resolución del Consejo de 19 de septiembre de 2013 (R/0146/13 LANTERO CARTON).

ulterior del procedimiento, si se utiliza dicha información para imputarles una conducta:

“la valoración de la singular información confidencial, la consideración de su relevancia y si ha contribuido a la delimitación de la infracción imputada [...] no tiene lugar con la declaración de confidencialidad, sino que se difiere a un ulterior momento del expediente sancionador, en el que procede examinar la incidencia de la restricción de la información [...] y las consecuencias que de ello se derivan”.

Por otra parte, en relación a las alegaciones presentadas en el marco de expedientes sancionadores, de acuerdo con la doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia, reiterada por la CNC y la CNMC, aquella información que únicamente se contiene en las versiones confidenciales presentadas no puede ser reproducida, y en tal medida tampoco será valorada ni contestada por el órgano instructor, dado el contenido confidencial solicitado, puesto que ello supondría una vulneración de la confidencialidad declarada.

No obstante lo anterior, y sin desvelar el contenido de la información declarada confidencial por parte del órgano instructor, este podrá incluir en los documentos administrativos referencias genéricas y agregadas a dicha información para fundamentar el extremo de que se trate, siempre que afecten únicamente al titular de la misma, dado que este sí podrá acceder a dicha información confidencial, quedando de este modo protegido y garantizado su derecho de defensa.

De igual forma, no puede declararse confidencial la información que permite comprender el análisis efectuado por el órgano instructor en el procedimiento de control de concentraciones, especialmente cuando en el mismo se ponen de manifiesto cuestiones que puedan suponer riesgos para el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados afectados o existen compromisos³⁷ o cláusulas restrictivas de la competencia que no pueden ser consideradas como accesorias a la operación.

En el marco del procedimiento de control de concentraciones en primera o segunda fase, cuando se considere necesario e imprescindible para que los terceros ajenos a la operación de concentración, como clientes, proveedores o terceros competidores, puedan aportar información en las mejores condiciones posibles, y con objeto de no generar perjuicio o indefensión a los mismos, se podrá declarar confidencial su identidad desde el primer momento de la notificación, elaborando de oficio una versión censurada en la que se sustituya dicha identidad por una identificación genérica del tipo *cliente 1, proveedor 2 o competidor 3*.

5. DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

En los expedientes en materia de defensa de la competencia obran habitualmente datos de carácter personal. En particular, los nombres, teléfonos y correos electrónicos de los empleados de las empresas o de sus representantes suelen aparecer en los documentos aportados por las propias

³⁷ SAN de 9 de mayo de 2012, en relación con el expediente VC/0230 TELECINCO/CUATRO.

empresas y en los documentos recabados en las inspecciones.

El tratamiento de los datos personales y su protección vienen regulados por el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) (RGPD), y por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD).

Las cuestiones relativas al tratamiento de datos personales en el ámbito de la Dirección de Competencia, han sido objeto de una consulta a la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD). La AEPD ha dado respuesta a la misma en su informe AEPD 022147/19 de 31 de enero de 2020³⁸.

El tratamiento de los datos personales no se encuentra incluido dentro del ámbito de la confidencialidad, por lo que los datos personales no son susceptibles de ser declarados confidenciales. No obstante lo anterior, el artículo 5.1.c del RGPD establece un principio general de minimización de datos, por lo que solo están amparados los tratamientos de datos personales que sean adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que dichos datos son tratados,

En consecuencia, los datos personales que pudieran haber sido recabados en el marco de un procedimiento deberán ser objeto de una valoración para determinar si dichos datos son necesarios para la tramitación y resolución del mismo. Aquellos datos personales que no fueran necesarios deberían ser suprimidos y por lo tanto no ser tratados. En el caso concreto de la documentación recabada en inspecciones, la devolución a la empresa de los documentos que finalmente no se incorporen al expediente constituye un ejercicio del principio de minimización.

El tratamiento de datos de carácter personal como consecuencia de la instrucción y tramitación de procedimientos de control de concentraciones y de procedimientos sancionadores, tiene por finalidad permitir a la CNMC cumplir con la misión de interés público que tiene asignada y el ejercicio de las funciones y potestades que a la misma le corresponden. Por lo tanto, y con carácter general, la licitud del tratamiento de datos de carácter personal que requiere el ejercicio de dichas funciones y potestades encuentra su fundamento en lo previsto en el artículo 6.1.e) del RGPD: *“el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento”*. Habiendo sido atribuida dicha competencia por una norma con rango de ley conforme a lo exigido por el artículo 8.2 de la LOPD.

Por tanto, el tratamiento y la cesión de datos en el marco de los expedientes en materia de defensa de la competencia (por ejemplo, en el acceso al expediente por los interesados) quedan amparados por lo establecido en la LOPD y el RGPD, puesto que se realizan en cumplimiento de las funciones que en materia de defensa de la competencia atribuye la LDC a la CNMC, así como por el respeto de las garantías constitucionales derivadas del derecho de defensa.

³⁸ <https://www.aepd.es/es/documento/2019-0074.pdf>

No obstante lo anterior, nada impide que puedan concurrir otras bases jurídicas que en situaciones concretas también legitimen el tratamiento de datos de carácter personal por la CNMC, posibilidad expresamente prevista en el artículo 6.1 del RGPD. A modo de ejemplo, la cesión de datos personales a otras autoridades de competencia nacionales o comunitarias, la colaboración con las autoridades judiciales o el archivo de expedientes, encontrarán su fundamento en el artículo 6.1.c) del RGPD.

El ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, supresión y oposición al tratamiento a que se refieren los artículos 15, 16, 17 y 20 del RGPD corresponden al individuo al que se refieren los datos y no a la empresa a la que pueda pertenecer la documentación, por lo que la solicitud del ejercicio de dichos derechos debería ser realizada por el titular de los datos de carácter personal.

En cuanto al derecho de acceso y rectificación, dicho derecho puede ser ejercido por los que tengan la condición de interesado en el procedimiento, a través del derecho de acceso a la documentación del expediente.

En lo que se refiere al derecho de supresión, los interesados no podrán ejercer el derecho de supresión respecto de los datos cuyo tratamiento sea necesario para la tramitación y resolución del procedimiento, incluido el ejercicio del derecho de defensa de los interesados, en virtud de lo previsto en el artículo 17.3.b del RGPD. Ello está en concordancia con la aplicación del principio de minimización de datos antes citado. En todo caso el interesado podrá ejercer el derecho de supresión respecto de los datos personales que no sean necesarios para el procedimiento.

En lo que se refiere al derecho de oposición al tratamiento, al igual que en el caso anterior, la CNMC podrá denegar dicho derecho respecto de los datos personales cuyo tratamiento sea necesario para el procedimiento, todo ello de conformidad con lo señalado en el artículo 21.1 del RGPD y la disposición final duodécima de la LOPD.

Por lo que se refiere a los datos de carácter personal incluidos en las resoluciones del Consejo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 37 de la Ley 3/2013, la CNMC hará públicas todas las resoluciones *“previa disociación de los datos de carácter personal a los que se refiere el artículo 3.a) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, salvo en lo que se refiere al nombre de los infractores”*.

Por tanto, los datos de carácter personal que obren en las resoluciones, tanto de procedimientos sancionadores como de control de concentraciones, serán censurados, salvo en el caso de las personas físicas sancionadas, cuyos nombres completos serán publicados, tal como se establece en el artículo citado y como recientemente ha avalado el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de abril de 2019 (STS 1178/2019)³⁹.

6. INFORMACIÓN AMPARADA POR EL PRIVILEGIO LEGAL

Una figura que debe diferenciarse de la de información confidencial es la de información amparada por privilegio legal, también denominada confidencialidad

³⁹ Véase también las SSTS 430/2019 de 28 de marzo y 483/2019 de 9 de abril, ambas recaídas en relación con la Resolución de 30 de junio de 2016 del expediente S/0519/14 INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS.

de las comunicaciones abogado-cliente. El ordenamiento comunitario y el español, al amparar el derecho de defensa, protegen la confidencialidad de la correspondencia mantenida entre los abogados y las empresas clientes frente a las facultades de inspección en materia de competencia. La doctrina judicial española, siguiendo los precedentes comunitarios en materia de privilegio legal, ha establecido que este privilegio se restringe a las comunicaciones entre asesores jurídicos externos y sus clientes vinculadas a la defensa jurídica de la empresa en materia de competencia. Por tanto, la documentación elaborada por los abogados internos de la empresa investigada puede ser recabada por la CNMC, incorporada a un expediente sancionador y utilizada como evidencia.

Se impone a la empresa que lo alega la carga de identificar los documentos concretos afectados por tal privilegio legal. Corresponde también a la empresa la carga de la prueba de que un concreto documento no remitido a los abogados externos ha sido, no obstante, elaborado exclusivamente al objeto de obtener asesoramiento jurídico de un abogado externo en el marco del ejercicio del derecho de defensa, como ha señalado el Tribunal Supremo⁴⁰.

7. ASPECTOS PROCEDIMENTALES DE LA CONFIDENCIALIDAD

7.1 SOLICITUD DE CONFIDENCIALIDAD

De cara a poder efectuar correctamente la ponderación de los intereses y derechos en juego, se requiere en primer lugar que el solicitante de la confidencialidad justifique por qué la revelación de dichos documentos o datos le generaría un perjuicio significativo⁴¹. Así lo establece el artículo 20 del RDC⁴², que regula el tratamiento de la información confidencial en los procedimientos en materia de defensa de la competencia, señalando los requisitos formales que el solicitante debe cumplir, relativos a la motivación y a la aportación de una versión no confidencial del documento en cuestión:

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

Con base en lo anterior, el interesado en su solicitud de confidencialidad debe cumplir los siguientes requisitos:

1. Debe justificar individualizadamente el carácter confidencial de todos los datos para los que se solicita, incluyendo el grave perjuicio sobre

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2015, rec casación nº 2595/2014, recaída en relación con el expediente S/0481/13 Construcciones modulares.

⁴¹ Entre otras, las Resoluciones del Consejo de 22 de febrero de 2012 (R/0091/11, ESSELTE), 7 de febrero de 2013 (R/0121/12 MADERAS JOSE SAIZ), 26 de septiembre de 2013 (R/0150/13, SGAE), 22 de noviembre de 2013 (R/0152/13, TRANSPORTES ANTONIO BELZUNCES) 24 de enero de 2014 (R/0158/13, TRANSPORTES CARLOS), 9 de mayo de 2019 (R/AJ/009/19 INGEVITY), 11 de julio de 2019 (R/AJ/033/19 ADVANCED ACCELERATOR APPLICATIONS IBÉRICA, S.L.U) y 18 de julio de 2019 (R/AJ/054/19 NOKIA).

⁴² Así también se establece 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: “Las razones por las que se reivindica que la información es un secreto comercial u otra suerte de información confidencial deberán justificarse”.

sus intereses que pudiera derivarse de la publicidad de los mismos⁴³.

2. Dicha justificación debe referirse a datos o documentos concretos y que se refieran o afecten directamente al solicitante. No puede en ningún caso realizarse de forma global, ni referirse a categorías genéricas de documentos.
3. Debe ir acompañada de una versión pública, no confidencial, de la documentación para la que se solicita la confidencialidad.

La falta de justificación, por parte de los solicitantes, de los aspectos señalados puede suponer la denegación de la confidencialidad solicitada, en la medida en que no permite efectuar la necesaria ponderación de intereses.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 42 de la LDC, se podrá declarar la confidencialidad de los datos y los documentos “*en cualquier momento del procedimiento*”. No obstante, es práctica habitual del órgano instructor de la CNMC señalar expresamente la posibilidad de solicitar de forma motivada la confidencialidad al requerir información o al incorporar documentación al expediente procedente de las inspecciones, concediendo para ello un plazo determinado.

Ello no obsta, como ya se ha indicado, a que, de acuerdo con el citado artículo 42 de la LDC, la parte en un procedimiento pueda solicitar la confidencialidad en un momento posterior, pero entonces deberá tener en cuenta que una vez incoado el expediente, los interesados podrán acceder y obtener copias individualizadas de todos los documentos que integran el expediente, a excepción de los declarados confidenciales en ese momento procedimental, siendo enteramente imputable al sujeto solicitante de confidencialidad la responsabilidad derivada por la publicidad de dicha información durante el lapso temporal referido hasta la solicitud posterior de dicha confidencialidad⁴⁴.

De igual forma, el artículo 61 del RDC establece que, recaída la resolución del Consejo de la CNMC en el procedimiento de control de concentraciones, se notificarán a las partes la resolución y el informe propuesta para que, en el plazo de cinco días, puedan solicitar motivadamente la declaración de confidencialidad de los contenidos que consideren confidenciales.

En el marco de una concentración, transcurrido el plazo establecido sin que se haya solicitado la confidencialidad o una vez resuelta la confidencialidad sobre los documentos controvertidos, la CNMC podrá publicar inmediatamente la totalidad de los mismos o aplicar la facultad potestativa de declarar de oficio la confidencialidad de ciertos datos.

Por todo lo anterior, resulta recomendable que las solicitudes de confidencialidad se efectúen dentro del plazo concedido por la CNMC.

⁴³ De conformidad con la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de diciembre de 2011 (SAN 5386/2011) y la Resolución del Consejo de 7 de febrero de 2014 (Expte. R/0161/13, SBS) que resuelve que no es necesario someter a examen una confidencialidad no motivada: “*Puesto que, como hemos visto, la motivación que la recurrente esgrime, tanto en su escrito de 27 de noviembre de 2013 como en su recurso de 5 de diciembre de 2013, para justificar la confidencialidad del documento conflictivo es casi nula, se antoja innecesario analizar la información controvertida conforme al triple examen descrito anteriormente. Además, y teniendo en cuenta que ni la DC ni este Consejo, una vez examinada ésta, concluyen que nos encontremos efectivamente ante un secreto comercial de la recurrente, el resto de análisis resultaría superfluo*”.

⁴⁴ Resolución del Consejo de 22 de abril de 2013 (R/0130/13 Palets Joan Martorell).

7.2 PROCEDIMIENTO DE RESOLUCIÓN

En virtud de lo establecido en el artículo 20 del RDC, cualquier persona que presente documentos ante la CNMC, al solicitar la confidencialidad de datos o informaciones, deberá hacerlo de forma motivada ante el órgano competente en el marco de la tramitación del expediente en cuestión, y deberá presentar, además, una versión no confidencial de los mismos.

Por tanto, ante cualquier solicitud de confidencialidad presentada por parte de una persona física o jurídica, la Dirección de Competencia comprobará que se ha solicitado de manera concreta y motivada y que se ha aportado la versión censurada completa de los documentos (incluidas facturas, tablas, anexos, etc.).

Si la solicitud no reuniera los requisitos establecidos en el artículo 20 del RDC, se requerirá al solicitante para que, en un plazo de cinco días, subsane la falta o aporte la versión censurada, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su solicitud.

Como regla general, la documentación será incorporada al expediente con carácter cautelarmente confidencial hasta que se resuelvan los aspectos relacionados con la confidencialidad de la misma.

Una vez valorada la solicitud de confidencialidad presentada por los titulares de la documentación, la Dirección de Competencia resolverá sobre la misma, notificando al solicitante el correspondiente acuerdo. En caso de denegación del carácter confidencial de alguno de los datos solicitados, se requerirá al solicitante para que aporte una nueva versión censurada conforme al acuerdo notificado.

Transcurrido el plazo de 10 días desde la notificación del acuerdo, sin que se haya presentado recurso administrativo contra el mismo o una vez que el Consejo de la CNMC se hubiera pronunciado, en su caso, sobre un recurso contra el acuerdo, se procederá al levantamiento de la confidencialidad de los documentos en el sentido recogido en el acuerdo o en la resolución del Consejo. De esta forma, los documentos que habían sido incorporados al expediente con carácter cautelarmente confidencial, pasarán a formar parte del expediente público. Este hecho será convenientemente notificado a todos los interesados en el expediente.

La Dirección de Competencia podrá incorporar al expediente principal los datos previamente declarados confidenciales en el caso de que los mismos sean necesarios para la instrucción del expediente y para salvaguardar los derechos de defensa de los interesados. En este supuesto la Dirección de Competencia concederá a la empresa titular de tales datos un plazo para que pueda presentar las alegaciones que considere pertinentes.

En el caso del procedimiento de control de concentraciones, el artículo 61 del RDC establece que, recaída la resolución del Consejo de la CNMC en primera o en segunda fase, se notificarán la resolución y el informe previsto en los artículos 57 y 58 de la LDC al notificante para que, en el plazo de 5 días, pueda solicitar motivadamente a la Dirección de Competencia la declaración de confidencialidad de los contenidos que considere confidenciales. Una vez recibida la solicitud de confidencialidad, la Dirección de Competencia resolverá sobre los aspectos referentes a su informe propuesta en el plazo de 10 días.

Transcurrido el plazo de 10 días desde la notificación del acuerdo de la Dirección

de Competencia, sin que se haya presentado recurso administrativo contra el mismo, se procederá a la publicación en la página web de la CNMC de la versión censurada notificada junto al acuerdo.

En el caso de que la solicitud de confidencialidad hiciera referencia a datos recogidos en la resolución del Consejo, la Dirección de Competencia elevará propuesta de resolución al Consejo, que resolverá sobre la misma.

Transcurrido el plazo de 10 días desde la notificación de la resolución del Consejo sobre la confidencialidad sin que se haya informado sobre la intención de presentar recurso contencioso-administrativo contra la misma, se procederá a la publicación en la página web de la CNMC de la versión censurada.

Si el notificante no hubiera solicitado la declaración de confidencialidad dentro del plazo de cinco días mencionado, se entenderá que no hay contenidos confidenciales y se podrán publicar inmediatamente en su totalidad la resolución y el informe correspondientes.

