



MOORE

LEGAL Y COMPLIANCE

GUÍA DE LA CNMC SOBRE EL TRATAMIENTO DE LA INFORMACIÓN CONFIDENCIAL EN PROCEDIMIENTOS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

La Comisión Nacional de Mercados y la Competencia (en adelante, "CNMC") ha publicado una *"Guía sobre el tratamiento de la información confidencial y los datos personales en procedimientos de defensa de la competencia"* (en adelante, la "Guía").

Desde la perspectiva del Área de Propiedad Intelectual y Tecnología, nos aproximaremos a la Guía de una manera algo diferente: desde la óptica de los derechos reconocidos en el ámbito civil al titular de un secreto empresarial.

Objetivo y directrices de la Guía

La Guía parte del reconocimiento de que **la divulgación de cierta información** que sea «confidencial», un «secreto de empresa» o un «secreto comercial» (la Guía utiliza indistintamente estas denominaciones, que llamaremos simplemente "secretos") **puede provocar un perjuicio grave**.

Define **secreto comercial** como «cualquier información relacionada con la actividad económica de la empresa cuya divulgación pudiera causarle un perjuicio grave», en línea con 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 en la sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de diciembre de 2011.

En materia de defensa de la competencia existen previsiones específicas sobre la protección de secretos, sobre cuyo alcance e interpretación se ha pronunciado en múltiples ocasiones la antigua CDC y la actual CNMC y que esta Guía trata de sistematizar. Esa vocación de sistematización de las experiencias pasadas explica, quizá, que la Guía no mencione en ningún momento la todavía relativamente reciente Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Protección de los Secretos Empresariales (la



"LSE") ni, por tanto, aborde cómo conciliar ambas aproximaciones. Hubiera sido deseable que así fuese porque la LSE regula un derecho subjetivo de corte patrimonial que las administraciones públicas, dentro de la singularidad del desempeño de su función pública, deben reconocer. En todo caso, las previsiones sustantivas de la Guía, aunque sigan una aproximación sistemática diferente a la de la LSE, dan cabida a una protección respetuosa con ella.

Bajo la LSE, un secreto empresarial es cualquier información o conocimiento que reúna las siguientes condiciones:

- a) **ser secreto**, en el sentido de que, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, no es generalmente conocido por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento en cuestión, ni fácilmente accesible para ellas;
- b) **tener un valor empresarial**, ya sea real o potencial, precisamente por ser secreto, y
- c) **haber sido objeto de medidas** razonables por parte de su titular **para mantenerlo en secreto**.

Si se compara esta definición con la de secreto comercial de la Guía, se comprueba que la Guía se concentra en solo una de estas condiciones, la del valor económico. No obstante, veremos a continuación que la práctica acumulada de la CNC y la CNMC también considera las otras dos condiciones, aunque sea desde una aproximación diversa a la de la LSE.

El enfoque del que parte la Guía es que el régimen de acceso a la información pública que tienen los interesados con carácter general está fuertemente condicionado por las previsiones específicas de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y el Reglamento de Defensa de la Competencia,

aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero. Desde este prisma, con el objetivo de proporcionar una mayor seguridad jurídica a los interesados en un procedimiento de competencia, la Guía contiene directrices, sustantivas y procedimentales, en relación con: la declaración de confidencialidad de los documentos que obren en los diferentes procedimientos; la forma y el momento para acceder a los expedientes; el análisis de la ponderación de derechos e intereses de las partes que la CNMC habrá de considerar; y algunas cuestiones relacionadas con el tratamiento de datos personales.

Declaración de confidencialidad: ponderación de derechos e intereses

La Guía señala que la declaración de confidencialidad es una decisión resultado de valorar los principios en juego y las circunstancias del caso, lo que, además de la debida protección de los secretos, exige considerar también otros principios e intereses como son la tutela del derecho de defensa de quienes son parte en un procedimiento sancionador o el derecho a no producir indefensión o perjuicios irreparables a terceros, estén o no personados en el procedimiento (como clientes y competidores).

Para ello, la Guía propone efectuar el análisis desde un triple prisma:

i. Determinar si el documento en cuestión contiene datos o conocimientos que puedan ser considerados como un secreto y cuya divulgación pueda efectivamente causar un perjuicio a su titular.

La Guía enumera una serie de criterios cumulativos que han de tenerse en cuenta para entender que una determinada información constituye un secreto: (i) que sea únicamente conocida por un grupo reducido de personas; (ii) que su divulgación pueda causar un grave perjuicio; y (iii) que los intereses que pudieran verse afectados sean objetivamente dignos de protección.

ii. En caso de que se cumpla la condición anterior, examinar si estos documentos han tenido difusión entre las partes y terceros, lo que perjudicaría su consideración como información secreta, sensible o reservada.

Para que una determinada información o conocimiento tenga carácter confidencial, además de ser secreta en el sentido de no ser conocida, la Guía señala que debe haber una voluntad del titular de la información en preservar su carácter reservado.

iii. Determinar si los datos o información aun siendo de naturaleza confidencial o secreta **son necesarios para fijar los hechos y valorar el procedimiento.**

En este apartado, la Guía hace referencia a aquellos conocimientos o información que, pese a tener carácter reservado o confidencial, pierden esta condición precisamente por ser necesarios para fijar el alcance, contenido o efectos del procedimiento de referencia. Así, no procederá la declaración de confidencialidad cuando pueda causar indefensión, vulnerar los intereses legítimos de las partes o ser necesaria para comprender el análisis efectuado por el órgano instructor.

Como se ve, la aproximación de los puntos i y ii recuerda más a las condiciones del secreto empresarial en la LSE lo que compatibiliza mejor ambos regímenes. Con todo, hubiera sido deseable una homogenización expresa que evitase posibles fricciones.

Declaración de confidencialidad: aspectos procesales a tener en cuenta

Por último, la Guía refleja los aspectos procedimentales a considerar por el solicitante de confidencialidad, que deberá:

- i.** individualizar y concretar la información de manera suficiente;
- ii.** justificar el perjuicio sobre sus intereses que pudiera derivarse de la divulgación de la información; y
- iii.** (aportar una versión pública –no confidencial– de la documentación para la que se solicita la confidencialidad.

Conclusiones

Es evidente que la posibilidad de que un secreto empresarial sea revelado durante el proceso es un riesgo relevante para sus titulares. Ni el legislador ni los órganos jurisdiccionales son ajenos a esta cuestión y, reflejo de esta preocupación son:

- i. las reglas que enumera la LSE** al objeto de preservar el tratamiento confidencial de la información que se aporte o se genere durante el proceso y que pueda constituir un secreto empresarial; y
- ii. el Protocolo de Protección del Secreto Empresarial de los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona**, adoptado con el propósito de establecer una serie de prácticas procesales homogéneas en el tratamiento de la información en los procedimientos regidos por la LEC.

Ninguna de ellas ha tenido reflejo tampoco en la Guía, aunque nada impide que puedan tomarse como criterios inspiradores para el tratamiento de los secretos en un procedimiento ante la CNMC.