

## **RESOLUCIÓN** **(Expte. R/0084/11, ELTC 3)**

### **CONSEJO**

D. Joaquín García Bernaldo de Quirós, Presidente  
D<sup>a</sup>. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta  
D. Julio Costas Comesaña, Consejero  
D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup>. Jesús González López, Consejera  
D<sup>a</sup> Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera  
D. Paloma Ávila de Grado, Consejera  
D. Luis Díez Martín, Consejero

En Madrid, a    de diciembre de 2011

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente la Consejera D<sup>a</sup> María Jesús González López, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/0084/2011, ELTC 3, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto al amparo del artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) por la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE LOGÍSTICA Y TRANSPORTE DE CONTENEDORES (ELTC) contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación (DI) de fecha de 23 de septiembre de 2011, subsanado el 29 de septiembre, sobre la confidencialidad de ciertos datos recabados en la inspección realizada en la sede de la recurrente el 23 de marzo de 2011.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. El 23 de marzo de 2011, funcionarios de la CNC realizaron una inspección en la sede de ELTC de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 de la LDC y la Orden de Investigación de 15 de marzo de 2011.
2. El 2 de junio de 2011, la DI devolvió a ELTC determinada documentación en formato papel recabada en la inspección, por estar duplicada, y comunicó a ELTC que el resto de documentos quedaban incorporados a las actuaciones de la DI, emplazando a ELTC a solicitar, en su caso, de forma individualizada y motivada, el carácter confidencial de tales documentos.
3. Con fecha de 15 de junio de 2011, la DI incoó expediente sancionador S/0314/10 contra ELTC y otros por posibles prácticas anticompetitivas llevadas a cabo en las diferentes actividades relacionadas con el transporte terrestre de contenedores por carretera con origen y destino en el Puerto de Valencia.

4. El 16 de junio de 2011, tuvo entrada en la CNC escrito de petición de confidencialidad de ELTC, en el que se solicitaba a la DI:
  - a) La disociación de los nombres y denominaciones de las personas físicas y jurídicas que figuran en la documentación recabada en la inspección, al entender que respecto de las mismas no existen indicios de participación en la conducta que se persigue. ELTC aportaba una versión censurada de la documentación consistente en el tapado con pintura negra de todos los nombres propios y denominaciones sociales.
  - b) La confidencialidad de determinados documentos, por el grave perjuicio ocasionado a la Asociación, sus miembros, proveedores y clientes. Los documentos cuya confidencialidad se solicita son clasificados por ELTC en tres categorías: (i) datos sobre condiciones comerciales, aspectos estratégicos, asuntos reservados, etc., de determinados transportistas, operadores o terceros; (ii) aspectos estratégicos de la Asociación; (iii) otros temas que afectan a la estructura interna de empresas asociadas.
  - c) Que se aceptase la versión censurada de los documentos aportada por ELTC.
  
5. Con fecha de 23 de septiembre de 2011, la DI adoptó y notificó a ELTC Acuerdo relativo a la confidencialidad de los documentos, con el siguiente contenido:
  - Se rechaza la petición de confidencialidad relativa a los nombres y denominaciones de personas físicas y jurídicas que figurasen en los documentos necesarios para la instrucción del expediente, por hacer referencia a conductas investigadas en el mismo, y que son precisos para esclarecer los hechos, determinar responsabilidades y garantizar los derechos de defensa de las partes.
  
  - Se consideran confidenciales las actas de la Junta Directiva de ELTC, de su Asamblea General y los anexos o notas, excepto aquellos documentos o párrafos de los mismos que, a juicio de la DI, reflejan estrategias presuntamente coordinadas con otros operadores del Puerto o conductas objeto de investigación y, por tanto, no contienen información confidencial de ELTC cuyo conocimiento por los demás interesados en el expediente pudiera ocasionarle perjuicios.

6. El acuerdo de 23 de septiembre de 2011 fue subsanado por otro de 29 de septiembre para mayor claridad en la identificación de determinados documentos.
7. Con fecha de 17 de octubre de 2011, tuvo entrada en la CNC escrito de ELTC de interposición del recurso previsto en el artículo 47 LDC contra el acuerdo de la DI, de 23 de septiembre de 2011, solicitando al Consejo de la CNC que proceda a revocar la decisión de la DI, y consecuentemente, a otorgar el tratamiento confidencial a los documentos que señala en su escrito. El recurso se interpuso en plazo, en el mismo día en que terminaba éste, en la Oficina de Correos de Valencia.
8. Con fecha de 17 de octubre de 2011, conforme a lo indicado en el artículo 24 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/08 de 22 de febrero (en adelante RDC), el Consejo de la CNC remitió copia del recurso a la DI para recabar su informe junto con la correspondiente copia del expediente.
9. Con fecha 21 de octubre de 2011, la DI emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido en el punto 7º. En dicho informe, la DI propone que se desestime el recurso interpuesto por ELTC, en la medida en que el Acuerdo recurrido en ningún caso produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de la citada empresa, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC.
10. Por Acuerdo del Consejo de la CNC de fecha 11 de noviembre de 2011, se concedió a ELTC un plazo de 15 días para formular alegaciones.
11. Mediante escrito de 2 de diciembre de 2011, con entrada en la CNC el día 12 del mismo mes, ELTC reitera las alegaciones formuladas en su escrito de interposición.
12. El Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 21 de diciembre de 2011.
13. Es interesada la Asociación de Empresas de Logística y Transporte de Contenedores.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

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

El artículo 47 de la Ley 15/2007 prevé la posibilidad de presentar recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la DI, estableciendo que *“[l]as resoluciones y actos de 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”*.

Conforme al citado precepto legal, la adopción de una decisión respecto al recurso interpuesto por ELTC supone verificar si el Acuerdo recurrido ha ocasionado indefensión o perjuicio irreparable al recurrente, lo que conllevaría la estimación del recurso o, si no ha producido indefensión ni perjuicio irreparable, a su desestimación.

Tanto en el recurso como en sus alegaciones, ELTC señala que la ausencia de indicación por parte de la DI de cuáles son los criterios utilizados para determinar qué datos de personas físicas considera deben ser declarados confidenciales, impide a la Asociación ejercer adecuadamente su derecho a recurrir reconocido en el artículo 47 LDC causando con ello a esa parte indefensión.

En cuanto al segundo requisito, la recurrente señala que la sustitución de la Asociación por la DI en la autoría de la versión censurada de la documentación del expediente, además de suponer una infracción de la previsión del art. 20 RDC reglamentario, le causa un claro perjuicio, al impedirle incluir documentos o párrafos en defensa de su derecho, limitando de este modo su derecho de defensa. Asimismo, la recurrente se refiere a los perjuicios innecesarios que la presencia en el expediente de referencias a personas físicas y jurídicas “totalmente ajenas a los hechos investigados” genera a estas últimas.

Resulta por tanto necesario analizar el carácter confidencial o no de los documentos discutidos, así como su relación con el objeto del expediente, a fin de determinar si se ha producido la indefensión y/o existe el perjuicio que exige el art. 47 y que la recurrente alega.

## **SEGUNDO.- Sobre la declaración de no confidencialidad de determinados documentos.**

Conforme al artículo 42 LDC, “[e]n 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”.

Ahora bien, que la LDC conceda a las partes en el procedimiento la posibilidad de instar la confidencialidad de ciertos documentos incorporados al expediente

no constituye un principio absoluto, sino que viene matizado, tal y como ha señalado reiteradamente el Consejo de la CNC [por citar las más recientes, Resoluciones del Consejo de 29 de noviembre de 2011 (R/0080/11, Manipulado de papel), 16 de septiembre de 2011 (R/0077/11, ENVEL), 22 de junio de 2011 (R/0070/11, GRAFOPLAS 2) y 16 de mayo de 2011 (R/0064/11, CTT Stronghold)], atendiendo a las circunstancias de cada caso. En este sentido, el solicitante de la confidencialidad está obligado a justificar que tales documentos “vienen sujetos y afectos a materias protegidas por el secreto comercial o industrial”; la simple cita al secreto comercial no es suficiente para acceder a su petición. Además, la petición debe realizarse ponderando otros principios, igualmente tutelables, como es el derecho de defensa de quienes son imputados en el procedimiento.

La declaración de confidencialidad, por tanto, no es un derecho del recurrente, sino una decisión resultado de valorar los distintos principios en juego, atendiendo a las circunstancias de cada concreto caso y formulada siempre motivadamente [en tal sentido vid, por todas, Resolución de 27 de octubre de 2008, (Expte. R/0003/08, TRIO PLUS). Mucho menos se puede acoger la interpretación de la recurrente del art. 20 RDC en el sentido de que a ella le corresponda necesariamente la autoría de la versión no confidencial que obre en el expediente.

Sobre la condición de concepto jurídico indeterminado de la figura de “confidencialidad”, que obliga a atender a las circunstancias del caso concreto para determinar si una información tiene o no ese carácter, cabe citar la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de diciembre de 2011, que señala asimismo: “[...] *Por tanto para que una información pueda calificarse de secreto comercial, se tiene que tratar de una información cuya divulgación pueda causarle un perjuicio grave. El hecho de que se cite como ejemplo de información comercial confidencial los ficheros de clientes, no significa que en todo caso esa información relativa a la actividad empresarial sea confidencial ya que ello requiere previamente que se trate de información no divulgada o secreta, es decir que no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en el sector en el que se utiliza ese tipo de información.*”

Para realizar la evaluación sobre la confidencialidad o no de unos concretos documentos en el marco de un procedimiento sancionador, es preciso llevar a cabo un triple examen, tal y como este Consejo ha señalado en Resoluciones anteriores (a título de ejemplo, R/0070/11, GRAFOPLAS 2): en primer lugar, determinar si se trata efectivamente de secretos comerciales; en segundo lugar, si tratándose de secretos comerciales en su origen, estos han tenido difusión entre terceros, perdiendo en esa medida la calificación de secreto comercial; y, en tercer lugar, si se trata de secretos comerciales que no han sido difundidos a terceros, pero son necesarios para fijar los hechos objeto del procedimiento así como para garantizar el derecho de defensa a los imputados.

Con base en las consideraciones expuestas sobre la dimensión de la confidencialidad con carácter general, en el caso concreto objeto de recurso, a la vista de la información controvertida, este Consejo coincide con el informe presentado por la DI en que los datos contenidos en la documentación recabada no deben gozar de la protección que otorga el art. 42 LDC, por los motivos que se exponen a continuación (se sigue la clasificación utilizada por la recurrente en su escrito de petición de confidencialidad):

Respecto de la pretensión de disociación de que los nombres y denominaciones de personas físicas y jurídicas “*ajenas al expediente*”, debe señalarse que la recurrente ni siquiera alega que los datos discutidos sean confidenciales, por lo que esta alegación podría desestimarse sin desarrollar un mayor análisis, a falta de la adecuada justificación del carácter confidencial de la información. No obstante, examinada la naturaleza de los datos consistentes en nombres y denominaciones de miembros de la Asociación y terceros, tanto clientes como proveedores, se comprueba asimismo que no se trata de información confidencial.

El carácter confidencial de la identidad de los miembros de la Asociación no puede predicarse en ningún caso respecto de los promotores de la misma ni respecto de los titulares de órganos de gobierno (arts. 28.1 y 29 Ley Orgánica 1/2002, de Asociaciones, de 22 de marzo). Respecto de la identidad del resto de miembros de la Asociación (de hecho relacionados con detalle en la página web institucional de ELTC, [www.eltcvalencia.com/asociados.aspx](http://www.eltcvalencia.com/asociados.aspx)), así como de clientes y proveedores, tampoco puede concluirse de forma automática que se trate de información confidencial. Aspectos relativos a las *relaciones* con clientes y proveedores sí podrían tener una vinculación a la estrategia comercial de las empresas integrantes de la Asociación, que en su caso pudiera merecer la protección que otorga la declaración de confidencialidad. Sin embargo, esta circunstancia no ha sido alegada por la recurrente y, adicionalmente, la presencia de tal información en documentos de la Asociación hace presumir que, o bien se trata de datos fácilmente accesibles o ya conocidos por el resto de interesados en el expediente, o bien, han perdido su carácter confidencial a efectos de la protección que proporciona el artículo 42 al haber sido compartidos en el seno de la misma.

A las consideraciones anteriores hay que añadir que precisamente la presencia de referencias a nombres propios y denominaciones sociales en documentos directamente relacionados con las conductas investigadas es un elemento que, tal como establece el art. 29 RDC, obliga a la DI a analizar la posible participación de tales sujetos en los hechos investigados, para lo cual es preciso el mantenimiento de esos datos en la versión no confidencial del expediente. Esa eventual participación en los hechos investigados se resolverá a lo largo del procedimiento, por lo que resulta inasumible la pretensión de la

recurrente de que en esta fase la DI identifique con carácter previo y definitivo a los potenciales infractores.

En relación a la documentación para la que ELTC solicita la declaración de confidencialidad, diferenciada en tres categorías en su escrito de petición de confidencialidad (datos sobre condiciones comerciales, aspectos estratégicos, asuntos reservados, etc., de determinados transportistas, operadores y terceros; aspectos estratégicos de la Asociación; y “otros temas” que afectan a la estructura interna de empresas asociadas) este Consejo realiza la siguiente valoración:

Conforme apunta la DI, buena parte de la documentación sobre la que solicita confidencialidad ya ha sido intercambiada en el seno de la Asociación y con operadores que son parte del expediente, por lo que no cabe su consideración como confidencial. Entre dicha documentación se encuentra la siguiente:

- [Folios 10, 11, 12] Notas manuscritas de una reunión entre ELTC y Transcont en la que se adoptaron unos “compromisos básicos”.
- [Folio 230] Documento relativo a la colocación de adhesivos identificativos en diferentes camiones de ELTC, Transcont y AIT.
- [Folio 949] Documentación relativa a la cesión de distintivos de vehículos de ELTC.
- [Folios 992 y 993] Documento relativo a la presunta fijación de un importe por paralización de vehículos en la que participarían ELTC y Transcont.
- [Folio 1021] Documento relativo a actuaciones de ELTC y otros operadores en relación con una terminal.
- [Folio 139] Acta de una reunión de ELTC en la que, al hilo de un Informe del Gerente, se trata sobre “revisión de precios por la variación del precio del combustible y problemas con los precios de los servicios”.
- [Folio 204] Documento en el que se hace referencia a precios (revisión del valor del recargo por combustible) y su relación con el IPC.
- [Folio 208] Documentos relativo al “recargo/canon por combustible” y a las relaciones con otros operadores del Puerto interesados en el expediente.
- [Folio 319] Documento relativo a solicitudes de ingreso de nuevos asociados y ampliación de vehículos de los asociados.

- [Folios 292 a 297] Documentos alusivos al proceso de ampliación de vehículos de las distintas empresas asociadas a ELTC.

Junto a la anterior, otra parte de la documentación sobre la que se solicita la confidencialidad contiene datos e informaciones que podrían ser necesarias para delimitar los hechos examinados en el expediente y la calificación jurídica de los mismos, por lo que resultaría necesario el acceso a la misma a los efectos de permitir el ejercicio del derecho de defensa.

- [Folio 282] Documentos relativos a tarifas de determinados contenedores.
- [Folio 952] Documentación relativa a la aplicación del nuevo recargo por combustible.
- [Folio 462] Comunicación entre un asociado y ELTC que reflejaría presuntos acuerdos que se estarían llevando a cabo en el Puerto de Valencia que están siendo objeto de investigación.

Por todo lo señalado, y de acuerdo con las pautas que proporciona la práctica de las autoridades españolas de competencia, así como con la comunicación de la Comisión relativa a las normas de acceso al expediente en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del TCE (2005/C 325/07), este Consejo coincide con el informe de la DI de 21 de octubre de 2011 en que la decisión de no declarar los documentos controvertidos como confidenciales está justificada, bien porque se trata de datos que no tienen carácter de secreto comercial y en general naturaleza confidencial, bien porque han perdido ese carácter, y además se trata de documentos que pueden ser necesarios para delimitar el alcance y los efectos de las conductas investigadas en el expediente, de forma que su inclusión en la parte confidencial del mismo podría vulnerar los derechos de defensa del resto de interesados.

Asimismo, en este contexto hay que traer a colación el artículo 43 LDC, relativo al deber de secreto que deben mantener todos los que tomen parte en la tramitación del procedimiento. Y esa mención se debe, no a una indebida confusión entre este precepto y la previsión del art. 42 LDC, como alega la recurrente, sino porque resulta oportuno recordar que no existe peligro de divulgación de la información declarada no confidencial, ya que ésta no puede ser conocida por terceros ajenos al expediente, y sobre los interesados en el mismo pesa el deber de secreto mencionado.

Una vez argumentada la corrección de la declaración de no confidencialidad contenida en el Acuerdo recurrido de la DI, hay que añadir que no es posible compartir la alegación de la recurrente relativa a que el análisis detallado de la DI para justificar la no confidencialidad de cada uno de los documentos discutidos, anticipa el conocimiento de cuestiones sobre aspectos sustantivos del caso, de una forma parcial y limitada y en un momento procesal inoportuno,

lo que entrañaría el riesgo de contaminación del Consejo. La intervención del Consejo en esta clase de recursos se limita a contrastar si la decisión de la DI sobre la confidencialidad de la documentación está justificada, por carecer de carácter confidencial en origen o bien haberlo perdido posteriormente, y que además se trata de datos que tienen relación directa con el objeto de la investigación. El Consejo realiza ese examen sobre los elementos que determinan la confidencialidad o no de la documentación sin necesidad de entrar a valorar el fondo de las conductas objeto de estudio por la DI ni aspectos sustantivos del caso. Su intervención en este aspecto, además de estar prevista en la propia Ley, no supone tampoco una injerencia en la instrucción ni la condiciona en modo alguno. En todo caso debe señalarse que el conocimiento del Consejo sobre estos documentos se produce en virtud del recurso interpuesto por la propia ELTC. Si la Asociación no hubiera interpuesto recurso, el Consejo no conocería estos documentos hasta la fase de resolución del expediente.

### **TERCERO.- Sobre los requisitos del artículo 47 de la LDC.**

Respecto de la supuesta indefensión alegada por la recurrente en su escrito de recurso y en sus alegaciones, es preciso recordar la doctrina del Tribunal Constitucional reiteradamente expuesta por el Consejo de la CNC, entre otras muchas, en sus Resoluciones de 29 de noviembre de 2011 (R/0080/11, Manipulado de papel), 22 de julio de 2010 [Exptes. R/0048/10 (Licitaciones de carreteras) y R/0049/10 (Campezo Asfaltos Castilla León)] y 3 de febrero de 2009 [Exptes. R/0008/08 (Transitarios 1) y R/0009/08 (Transitarios 2)], en las que se refleja cómo “[e]l Tribunal Constitucional tiene establecido que «por indefensión ha de entenderse el impedir a una parte en un proceso o procedimiento, toda vez que las garantías consagradas en el artículo 24.1 de la Constitución Española son también aplicables a los procedimientos administrativos sancionadores, el ejercicio del derecho de defensa, privándole de ejercitar su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses», señalando que la «indefensión supone una limitación de los medios de defensa producida por la indebida actuación de los órganos correspondientes». Que la indefensión a la que se refiere el art. 24.1 C.E. es sólo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa de la parte. Es decir, la Jurisprudencia Constitucional se ha orientado a una definición de carácter realista, estimando que «no se da indefensión cuando ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos, o cuando no se ha llegado a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa» (STC 71/1984, 64/1986).”

De la cita anterior puede deducirse que la indefensión constitucionalmente relevante a la que se refiere el Alto Tribunal es aquella que pueda producirse en el marco de un procedimiento sancionador en el que se haya efectuado la imputación de una determinada infracción frente a la cual la parte no haya tenido posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos.

Ninguna de las alegaciones efectuadas por la recurrente permite apreciar el citado vicio. A lo largo de la tramitación del expediente la recurrente podrá alegar y practicar prueba sobre lo que estime oportuno, sirviéndose de las garantías y derechos que el ordenamiento jurídico pone a su disposición, también en relación a la incidencia que los documentos controvertidos puedan tener en una futura imputación. No puede admitirse la alegación efectuada por la recurrente en relación a que fue privada de modo absoluto de conocer la versión no confidencial elaborada por la DI en el momento de elaborar su recurso, limitando con ello su derecho de defensa. Tal como señala la DI en su informe, el art. 31 RCD posibilita a los interesados a acceder al expediente una vez incoado, con los únicos límites precisamente de los secretos comerciales de otros interesados o terceros, así como cualquier otra información confidencial.

En cuanto al segundo de los requisitos del art. 47 LDC, esto es, la existencia de un perjuicio irreparable, cabe recordar que el Tribunal Constitucional entiende que es “aquel que provoque que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración” (por todos ATC 79/2009, de 9 de marzo de 2009).

Tal y como se ha expuesto en los Fundamentos precedentes, no concurre en la información declarada no confidencial por la DI los presupuestos necesarios para que goce de protección como secreto comercial, sin que, por lo tanto, su manifestación dentro del marco del expediente pueda generar un perjuicio grave al recurrente, en el sentido señalado por la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional en su sentencia de 2 de diciembre de 2011.

En definitiva, bajo ninguna perspectiva puede apreciarse el hecho de que la actuación administrativa de la DI en la que se fundamenta el presente recurso haya causado indefensión ni perjuicio irreparable a los derecho de ELTC. Por ello, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 LDC, este Consejo entiende que el recurso examinado en la presente resolución debe ser desestimado.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, **EL CONSEJO,**

### **HA RESUELTO**

**ÚNICO.- Desestimar** el recurso interpuesto la representación de la Asociación de Empresas de Logística y Transporte de Contenedores (ELTC), contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de la CNC de 23 de septiembre de 2011, subsanado el 29 de septiembre, respecto de la declaración de confidencialidad de los documentos recabados en la inspección realizada en la sede de ELTC el 23 de marzo de 2010, por no reunir los requisitos exigidos por el artículo 47 LDC.



Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese al recurrente, 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 su notificación.