



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

(Expte. R/AJ/632/16 TOP CABLE)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. María Ortiz AguilarO.

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

SECRETARIO

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 29 de noviembre de 2016

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/AJ/632/16, TOP CABLE por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por TOP CABLE, S.A, al amparo del artículo 47 de la LDC, contra el Acuerdo de la Dirección de Competencia de 15 de septiembre de 2016, de denegación parcial de la confidencialidad solicitada en el marco del expediente sancionador S/DC/0562/15 CABLES BT/MT.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. En el marco del expediente sancionador S/DC/0562/15, relativo a una presunta infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE, en el mercado de fabricación, y/o distribución de cables eléctricos de baja y media tensión, la Dirección de Competencia realizó los días 1 y 2 de julio de 2015 una inspección en la sede de varias empresas, entre ellas TOP CABLE.

Durante la inspección se recabó determinada documentación respecto de la que TOP CABLE solicitó su confidencialidad.

2. Mediante Acuerdo de fecha 15 de septiembre de 2016, la DC resolvió, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 de la LDC, aceptar parcialmente la solicitud de confidencialidad de TOP CABLE.
3. Con fecha 27 de septiembre de 2016, tuvo entrada en la CNMC recurso interpuesto por la representación de TOP CABLE, S.A. (en adelante TOP CABLE), de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC, contra el Acuerdo de la DC de 15 de septiembre de 2016.
4. Con fecha 28 de septiembre de 2016, conforme a lo indicado en el artículo 24 del Reglamento de Defensa de la Competencia (en adelante, RDC), aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, el Consejo de la CNMC remitió copia del recurso a la DC, para recabar su informe junto con la correspondiente copia del expediente.
5. Con fecha 30 de septiembre de 2016, la Dirección de Competencia emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido en el punto 3. En dicho informe la DC considera que procede desestimar el recurso, en la medida en que el citado acuerdo en ningún caso produce indefensión o perjuicio irreparable a los derechos o intereses legítimos de TOP CABLE.
6. Con fecha 20 de octubre de 2016, se admitió a trámite el recurso de TOP CABLE, concediéndole un plazo de 15 días, para que previo acceso al expediente pudiera formular alegaciones.
7. Con fecha 8 de noviembre de 2016, la representación de TOP CABLE tuvo acceso al expediente.
8. El 11 de noviembre de 2016 tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de alegaciones de la recurrente.
9. El Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 29 de noviembre de 2016.
10. Es interesada en este expediente TOP CABLE, S.A (TOP CABLE).

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 15 de septiembre de 2016, que deniega parcialmente la solicitud de

confidencialidad solicitada por TOP CABLE, en el ámbito del expediente sancionador S/DC/0562/15 CABLES BT/MT.

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 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"*.

En su recurso, TOP CABLE solicita al Consejo de la CNMC que dicte resolución en la que se reconozca el carácter confidencial de los folios 3261 a 3269 y 3275 (ofertas de la empresa relativas a proyectos de suministro de cables eléctricos), 3308 a 3315 (plan estratégico de la empresa) y 3318 a 3328 (memorándum interno de estrategia comercial), y se proceda a la suspensión de su incorporación al expediente hasta que se resuelva el recurso.

La recurrente alega en relación con los folios 3261 a 3269 y 3275 que de su contenido es posible deducir fácilmente el sistema de cálculo de precios de TOP CABLE, debiendo admitirse al menos, la censura de las columnas donde aparecen los distintos porcentajes que permiten realizar ese cálculo. De forma adicional, TOP CABLE sostiene que esta información no es relevante para la investigación.

Respecto a los folios 3308 a 3315 TOP CABLE afirma que contienen un plan estratégico de la empresa que, independientemente de su antigüedad debe seguir siendo tratado como información confidencial por mostrar la esencia de la estrategia de negocio desarrollada por TOP CABLE desde la fecha del documento hasta la actualidad, siendo aplicable dicho plan a la situación de negocio actual. Adicionalmente señala que dicho plan estratégico no guarda ninguna relación con la investigación que se está llevando a cabo en el procedimiento sancionador S/DC/0562/15.

En cuanto a folios 3318 a 3328, la recurrente alega que contienen un memorándum interno para el desarrollo de la estrategia comercial de la empresa, que pese a tratarse de información antigua, no guarda relación alguna con la investigación llevada a cabo reflejando únicamente una estrategia para una situación de mercado que podría ser aplicable a día de hoy.

Por todo lo anterior, TOP CABLE no identifica ningún motivo que justifique la incorporación de los documentos citados en el expediente S/DC/0562/15 CABLES BT/MT, y considera que en cualquier caso, su incorporación debería hacerse como documentos oficiales.

Por último, TOP CABLE alega que se cumplen los requisitos del artículo 47 de la LDC para recurrir la resolución de confidencialidad, pues ésta puede causar un perjuicio irreparable a sus intereses al revelar a las otras partes del expediente información privada y/o comercialmente sensible de la empresa, por lo que solicita sea suspendida la incorporación al expediente de los documentos controvertidos hasta que el Consejo de la CNMC se pronuncie sobre el recurso.

En su informe de 30 de septiembre de 2016, la DC no comparte los argumentos expuestos por TOP CABLE y propone la desestimación del recurso, por los siguientes motivos:

En cuanto a la información contenida en los folios 3261 a 3269 y 3275 (ofertas comerciales y anotaciones manuscritas con menciones a competidores y cifras asociadas a los mismos), la DC considera que la misma resulta necesaria para valorar los hechos objeto de investigación en cuanto que precisamente la determinación de los precios por las entidades incoadas es una de las prácticas investigadas, siendo determinante que los datos referidos en dichos folios se referencien tanto respecto de TOP CABLE como de empresas competidoras, también incoadas en el expediente.

Respecto a la información contenida en los folios 3308 a 3315 (plan estratégico) y 3318 a 3328 (actas de reunión y orden del día, que incluyen las tarifas aplicables y las condiciones comerciales; así como una serie de anotaciones manuscritas que incluyen un análisis de la situación de competencia), la DC entiende que dicha información está relacionada con el objeto de la investigación, al tratarse de información recabada en la inspección de TOP CABLE que contiene información relativa a otras empresas competidoras, también incoadas en el expediente, incluyendo información relevante sobre las tarifas aplicables, la política rúpeles y las condiciones comerciales, a cuya concertación se refiere la investigación desarrollada en el marco del expediente S/DC/0562/15, CABLES BT/MT.

Por otra parte, se trata de información que data de 1995 y 2004 habiendo perdido gran parte de su relevancia comercial debido al paso del tiempo, sin que la citada información refleje, en ningún caso, la situación actual de TOP CABLE, como tampoco la posición y estrategia comercial de la empresa. La DC señala específicamente que el plan estratégico contenido en los folios 3308 a 3315 no corresponde ni siquiera a TOP CABLE sino a ALCABE, S.A., empresa precursora de la recurrente, ahora parte del mismo grupo empresarial.

Sobre la irreparabilidad del daño, la DC considera que la recurrente no ha concretado ni justificado el perjuicio irreparable que le causaría la no declaración de confidencialidad de la información controvertida.

Por otro lado, la DC también recuerda que, independientemente de la solicitud realizada por la recurrente de suspensión de la incorporación de los documentos controvertidos a la versión pública del expediente, los citados documentos han sido incorporados al tomo confidencial del expediente y que mientras se resuelve este recurso sobre su posible confidencialidad, el resto de las partes del expediente no tienen acceso al mismo.

En sus alegaciones de 11 de noviembre de 2016, TOP CABLE reitera y detalla los argumentos ya expuestos en su escrito de recurso de 27 de septiembre, subrayando que, independientemente de que se trate de información antigua, la misma debe seguir siendo tratada como información confidencial, al no haber variado la estrategia comercial de la empresa y no guardar ninguna relación con la investigación objeto del expediente incoado.

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

Conforme al artículo 42 LDC, *“en cualquier momento del procedimiento se podrá ordenar, de oficio o a instancia de parte, que se mantengan secretos los datos o documentos que consideren confidenciales”*.

La LDC permite que las partes en un procedimiento puedan instar la confidencialidad de determinados documentos obrantes en el mismo, sin que ello constituya un principio absoluto, matizándose por las circunstancias de cada caso, como ha señalado en reiteradas ocasiones esta Sala de Competencia (por todas Resoluciones de 2 de junio de 2016, Expte. R/AJ/026/16, PRAXAIR ESPAÑA). Esto es, se requiere que el solicitante de la confidencialidad justifique que tales documentos se encuentran *“sujetos y afectos a materias protegidas por el secreto comercial o industrial”*.

Asimismo, la valoración de la confidencialidad debe realizarse ponderando otros principios adicionales, igualmente tutelables aunque contrapuestos, fundamentalmente el derecho de defensa de quienes son imputados en el procedimiento sancionador. Tal y como precisa la Comisión Europea en su Comunicación 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 (párrafo 24), *“en los procedimientos de conformidad con los artículos 81 y 82 del Tratado, el hecho de que una información se considere confidencial no será óbice para su revelación si tal información es necesaria para probar una presunta infracción (documento incriminatorio) o puede ser necesaria para exculpar a una parte (documento exculpatorio)”*.

En consecuencia, la declaración de confidencialidad 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.

Para evaluar si procede la declaración de confidencialidad de los documentos obrantes en un procedimiento sancionador es necesario llevar a cabo un triple análisis, tal y como ha señalado la Sala de Competencia en diferentes Resoluciones (a título de ejemplo, Resolución de 28 de enero de 2016, Expte R/AJ/117/15 RENALETTO): 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 que son necesarios para fijar los hechos objeto del procedimiento, o para garantizar el derecho de defensa de los imputados.

Corresponde pues, con carácter previo, analizar la documentación cuyo carácter confidencial la recurrente alega, para determinar si se da o no tal condición confidencial conforme a los parámetros descritos.

- Sobre la confidencialidad de los folios 3261 a 3269 y 3275:

Tanto la DC como TOP CABLE coinciden en señalar que los folios 3261 a 3269 y 3275 contienen ofertas comerciales y anotaciones manuscritas con menciones a competidores y cifras asociadas a los mismos. TOP CABLE considera que de dichos documentos se puede deducir su sistema de cálculo de precios, por lo que debe aceptarse la censura de todas las columnas donde aparecen los distintos porcentajes

que permiten realizar ese cálculo. Asimismo, señala que dicha información no es relevante para la investigación, constituyendo, por el contrario, información confidencial para el desarrollo de su actividad económica y estrategia comercial.

En su informe la DC entiende que la información contenida en los citados folios resulta necesaria para valorar los hechos objeto de investigación, en cuanto que precisamente la determinación de los precios por las entidades incoadas es una de las prácticas investigadas, siendo determinante que los datos referidos en dichos folios se referencien tanto respecto de TOP CABLE como de empresas competidoras, también incoadas en el expediente S/DC/0562/15 CABLES BT/MT. A este respecto, en la Resolución de la CNC de 22 de abril de 2013, en el expediente R/0130/13 PALETS JOAN MARTORELL se indicaba la improcedencia de considerar confidenciales datos similares cuando las prácticas objeto de investigación consistan en la adopción de acuerdos para la fijación de precios.

Por otra parte, los proyectos mencionados en dichos folios se inscriben igualmente en la investigación de un posible reparto de mercado entre los fabricantes de este tipo de cables, no sólo a la luz del resto de información que obra en el expediente, sino también en consideración a las anotaciones manuscritas referidas a competidores que figuran en la documentación examinada.

Esta Sala de Competencia, comparte plenamente la argumentación y valoración realizada por el órgano instructor, por lo que debe mantenerse el carácter no confidencial de la información reseñada.

- Sobre la confidencialidad de los folios 3308 a 3315 y 3318 a 3328:

Como señala la DC los folios 3308 a 3315 contienen un Plan Estratégico de ALCABE, S.A. (empresa precursora de TOP CABLE y ahora parte del mismo grupo empresarial) de fecha 21 de julio de 1995, en el que se recogen los objetivos estratégicos de ALCABE, S.A, así como un análisis del mercado de fabricación, de la competencia, de los clientes (distribuidores) y del entorno macroeconómico, además de una serie de medidas estratégicas entre las que se encuentran las relativas al nivel de precios aplicable a la venta de cable, con referencias a empresas de la competencia.

Por su parte, los folios 3318 a 3328 contienen el acta de una reunión de TOP CABLE mantenida el 11 de marzo de 2004 (folio 3318 a 3325) en la que se incluye entre otras cuestiones, un análisis de la situación de la competencia, así como de las tarifas y de la repercusión sobre las mismas del precio de las materias primas, además de las condiciones comerciales y del canal de distribución; los folios 3326 y 3328 el orden del día de dicha reunión, y finalmente los folios 3327 a 3328 una serie de anotaciones manuscritas que incluyen un análisis de la situación de la competencia.

TOP CABLE considera que el plan estratégico, independientemente de su antigüedad, debe seguir siendo tratado como información confidencial, por mostrar su estrategia de negocio desde la fecha del documento hasta la actualidad, siendo aplicable dicho plan a la situación de negocio actual. Asimismo, sostiene que el mismo, no guarda relación alguna con la investigación que se está llevando a cabo en el procedimiento sancionador S/DC/ 0562/15 CABLES BT/MT

Por otro lado, en relación a los folios 3318 a 3328, TOP CABLE sostiene que estos documentos constituyen un memorándum interno para el desarrollo de la estrategia comercial de la empresa, y que al igual que el caso anterior, aunque se trate de información antigua, la misma no guarda ninguna relación con la investigación que se está llevando a cabo en el procedimiento sancionador y, únicamente refleja una estrategia para una situación de mercado, la cual también sigue siendo aplicable a día de hoy, y que, de hecho TOP CABLE sigue aplicando.

Esta Sala de Competencia, coincide con la DC, en que a la vista del objeto del expediente de referencia, la información controvertida tiene una clara relación con las conductas investigadas en el expediente sancionador, al contener información relativa a otras empresas competidoras, también incoadas en el expediente, incluyendo información relevante sobre las tarifas aplicables, la política de rápeles y las condiciones comerciales, a cuya concertación se refiere la investigación desarrollada en el marco del expediente S/DC/0562/15.

Esta Sala de Competencia ha negado además en reiteradas ocasiones (entre otras resoluciones de 24 de enero de 2014, Expte. R/015/13 Transportes Carlos, y resolución de 2 de abril de 2014, Expte. R/DC/0009/ 14 EUROPAC) la naturaleza de secreto comercial de información ajena a la empresa solicitante de dicha confidencialidad.

Asimismo, la citada información data de 1995 y 2004, habiendo perdido gran parte de su relevancia comercial debido al paso del tiempo, sin que la citada información refleje en ningún caso la situación actual de TOP CABLE, como tampoco la posición y estrategia comercial de la empresa. En este sentido, tal y como ha señalado esta Sala en su Resolución de 21 de julio de 2016 (Expte. R/AJ/065/165 CABLES RCT), una de las circunstancias que pueden modificar la consideración de datos o documentos como secreto de negocio es la fecha a que se refieren los mismos, existiendo una presunción de ausencia de carácter confidencial de los documentos con antigüedad mayor a cinco años, que tiene su fundamento en el apartado 23 de 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.

Esta presunción es plenamente aplicable al presente caso, no siendo plausible la afirmación de la recurrente de que el citado plan sigue siendo aplicable para la situación de negocio actual de TOP CABLE. No resulta posible que los objetivos de crecimiento anual y de incremento de exportaciones, entre otros muchos parámetros, sean similares para TOP CABLE en 2017 que para su antecesora ALCABE en 1995. Igualmente la valoración de la competencia no puede ser idéntica para ambas empresas en dos fechas tan distantes. Lo mismo ha de decirse respecto de los documentos concernientes a la reunión de marzo de 2004. Resulta evidente que las circunstancias económicas y comerciales del mercado han variado enormemente en las últimas dos décadas, por tanto dicha información no es a día de hoy constitutiva de secreto de negocio de TOP CABLE, sobre la cual dicha empresa adopte sus decisiones comerciales.

Como destaca la DC esta presunción de pérdida del carácter confidencial del documento por su antigüedad admite prueba en contrario pero, en su recurso y posterior escrito de alegaciones TOP CABLE no ha realizado ningún esfuerzo

probatorio que desvirtuó la citada presunción. La recurrente no ha demostrado que la información cuya confidencialidad solicita (y que tiene una antigüedad mínima de 12 años y máxima de más de dos décadas) sigue teniendo un valor comercial estratégico para la empresa, más allá de afirmaciones generalistas que no se sustentan en ningún análisis o prueba acreditativa. Por todo ello, debe mantenerse el carácter no confidencial de la información propuesto por la DC ya que, como afirmó esta Sala en su Resolución de 21 de julio de 2016 (Expte. R/AJ/065/16 CABLES RCT):

"se necesita un umbral de prueba superior al alegado por la recurrente para que una documentación con antigüedad superior a cinco años logre destruir los efectos generados por el paso del tiempo. En este sentido, entiende esta Sala que la amplitud del período transcurrido, unido a las características propias del mercado de distribución de cables de baja/media tensión, como son su transparencia o su alta atomización, llevan a considerar las explicaciones de la recurrente claramente insuficientes."

Esta valoración ha sido corroborada por la Audiencia Nacional en diversas sentencias, como la referida al recurso nº 536/13 y fechada el 13 de mayo de 2016:

"la aplicación de dicho plazo no opera de forma automática, pues la jurisprudencia citada 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 el presente caso la recurrente no ha acreditado que concurriera ninguna circunstancia específica para desvirtuar la presunción jurisprudencialmente establecida respecto de los documentos con más de dos décadas de antigüedad, más allá de afirmaciones generalistas referidas a la invariabilidad de las condiciones de mercado.

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

Conforme lo señalado en el artículo 47 LDC, la adopción de una decisión respecto al recurso interpuesto supone verificar si el Acuerdo recurrido ha ocasionado a TOP CABLE indefensión o perjuicio irreparable, lo que conllevaría la estimación del recurso.

La posible existencia de indefensión no ha sido alegada por la recurrente ni en su recurso de 27 de septiembre de 2016, ni en sus alegaciones de 11 de noviembre, por lo que no resulta necesario analizar su posible concurrencia. En cualquier caso, la no declaración de confidencialidad de los documentos discutidos 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, por lo que hemos de concluir que se trata de un acto que, per se, no puede producir tal indefensión. El hecho de que TOP CABLE haya podido recurrir tanto el Acuerdo de la DC de 15 de septiembre de 2016 como efectuar alegaciones al informe de la DC de 30 de septiembre de 2016, pone de manifiesto que la actuación administrativa no ha causado ni podido causar ningún género de indefensión a la recurrente.

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

TOP CABLE no solo no justifica el perjuicio económico que le podría causar la denegación de confidencialidad, sino que no justifica ningún perjuicio irreparable, sea o no económico. A pesar de aludir en varias ocasiones al carácter sensible de la información sobre la que solicita la declaración de confidencialidad, ni el escrito de recurso ni las alegaciones presentadas ofrecen ninguna valoración, económica o no, ni siquiera aproximada, de este perjuicio, supuestamente grave.

Tal y como ha señalado la Audiencia Nacional, en su sentencia de 2 de diciembre de 2011, "*para que una información pueda calificarse de secreto comercial, se tiene que tratar de una información cuya divulgación pueda causarle un perjuicio grave*". Por tanto, corresponde a la recurrente acreditar que la divulgación de la información controvertida puede causarle dicho grave perjuicio.

Cabría añadir también que no existe peligro de divulgación a terceros operadores de la información cuya declaración de confidencialidad la recurrente solicita, puesto que ésta no puede ser conocida por terceros ajenos al expediente, y además, sobre los interesados en este expediente pesa el deber de secreto a que hace referencia el artículo 43 de la LDC.

De este modo, 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 TOP CABLE.

Por ello, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC, esta Sala entiende que el recurso examinado en la presente resolución debe ser desestimado

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

HA RESUELTO

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por TOP CABLE, S.A (TOP CABLE) contra el Acuerdo de la Dirección de Competencia de 15 de septiembre de 2016.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a la interesada, 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.