

RESOLUCIÓN **(Expte. R/0090/11, ENVEL)**

CONSEJO:

D. Joaquín García Bernaldo de Quirós, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidente
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. M^a. Jesús González López, Consejera
D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera
D. Paloma Avila de Grado, Consejera
D. Luis Díez Martín, Consejero

En Madrid, a 16 de Febrero de 2012

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente D^a María Jesús González, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente R/0090/11 ENVEL, 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 parte de ENVEL EUROPA, S.A. en adelante (ENVEL) contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación (en adelante DI), de 18 de noviembre de 2011, sobre la confidencialidad de ciertos datos en formato electrónico recabados en el curso de la inspección desarrollada en la sede de dicha empresa.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 19 de octubre de 2010, funcionarios de la CNC realizaron una inspección en el domicilio social de ENVEL de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 de la LDC.
2. El 20 de junio de 2011, la DI comunicó a ENVEL el acuerdo del instructor de incorporar al expediente S/0316/10, Sobres de Papel, la información recabada en formato electrónico en el curso de la inspección realizada en la sede de la citada empresa, concediéndole un plazo de 10 días, para que en su caso, remitiese la correspondiente solicitud de confidencialidad y aportase las versiones censuradas, conforme al artículo 42 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

3. El 8 de julio de 2011, ENVEL presentó escrito solicitando la devolución de gran parte de la documentación en formato electrónico incorporada al expediente por considerarla ajena al objeto del mismo, justificando la confidencialidad de tres documentos, aportando las correspondientes versiones censuradas.
4. Con fecha 23 de septiembre de 2011, la Dirección de Investigación de la CNC notificó a ENVEL el acuerdo del instructor, en el que se estima la solicitud de tratamiento de confidencialidad solicitada pero se desestima la solicitud de devolución de los documentos, otorgando un nuevo plazo de 10 días para la solicitud, en su caso, de confidencialidad de dichos documentos.
5. Con fecha 5 de octubre de 2011, ENVEL presentó escrito reiterando la solicitud de devolución de gran parte de la documentación en formato electrónico incorporada al expediente por considerarla ajena al objeto del mismo. Adicionalmente y de forma subsidiaria, solicita la confidencialidad para diversos folios aportando la correspondiente versión censurada de los mismos.
6. Con fecha 18 de noviembre de 2011, la DI notificó a ENVEL el acuerdo del instructor de 18 de noviembre, en el que se estima parcialmente la solicitud de confidencialidad, salvo para dos folios:
 - Correos electrónicos intercambiados entre los responsables de la empresa UNIPAPEL y los de ENVEL en enero de 2008 (folio 10.357).
 - Correos electrónicos intercambiados entre directivos de ENVEL y los de su entonces empresa matriz HAMELIN en marzo de 2010 (folio 10.514), así como su correspondiente versión traducida al castellano aportada por ENVEL (folio 10798).
7. Con fecha 29 de noviembre de 2011, ENVEL interpuso el recurso previsto en el artículo 47 LDC contra el acuerdo de la DI, de 18 de noviembre de 2011, solicitando al Consejo de la CNC, se proceda a revocar la decisión de la DI, y consecuentemente, a no incorporar al expediente los folios indicados en este escrito. Subsidiariamente se solicita que se otorgue el tratamiento confidencial previsto en el artículo 42 de la LDC a los datos e informaciones contenidos en los folios 10.357, 10.514 y 10.798, procediendo a incorporar al expediente versión censurada de los mismos.
8. Con fecha 30 de noviembre 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 su informe junto con copia del expediente.
9. Con fecha 7 de diciembre de 2011 la DI emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido en el punto 7. En dicho informe, la DI propone que se desestime el recurso interpuesto por ENVEL EUROPA, S.A., 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 15 de diciembre de 2011, se concedió a ENVEL un plazo de 15 días para formular alegaciones.
11. Mediante escrito de 4 de enero de 2011, con entrada en la CNC el mismo día, ENVEL presentó escrito de alegaciones al informe de la DI de 7 de diciembre de 2011.
12. El Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 18 de enero de 2012.
13. Es interesada ENVEL EUROPA, S A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto de la presente Resolución y pretensiones del recurrente. Se promueve el presente recurso por parte de la representación procesal de ENVEL, al amparo del artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), contra el Acuerdo de la DI de 18 de noviembre de 2011, sobre la confidencialidad de ciertos datos en formato electrónico recabados en el curso de la inspección desarrollada en la citada empresa con fecha 19 de octubre de 2010, en el marco del expediente S/0316/10, Sobres de Papel.

En su recurso, el recurrente solicita que el Consejo de la CNC dicte resolución por la que se proceda a revocar el Acuerdo de la DI, y consecuentemente a no incorporar al expediente determinados documentos que no guardan relación con el expediente, y subsidiariamente se declare la confidencialidad de los folios 10.357, 10.514 y 10.798, procediendo a incorporar al expediente la versión censurada de los mismos.

La anterior solicitud se justifica en los siguientes argumentos jurídicos:

- Se alega la absoluta falta de motivación del Acuerdo de 18 de noviembre de 2011, en relación con la solicitud de devolución de determinada documentación realizada por ENVEL, causando un perjuicio irreparable a sus derechos de defensa.
- Se invoca que el acuerdo de la DI produce un perjuicio irreparable a los intereses legítimos de ENVEL.
 - a) El recurrente indica que la información contenida en los folios 10.357, 10.514 y 10.798 no constituye evidencia de las infracciones alegadas por la DI, ni está relacionada con el objeto del expediente. En este sentido, señala que es difícil, si no imposible, encontrar una conexión entre la información contenida en los citados folios y los supuestos acuerdos horizontales de fijación de precios y reparto de mercado entre ENVEL y otros competidores sobre los que versa el objeto del expediente.

- b) Asimismo, alega que la denegación del tratamiento confidencial de los folios 10.357, 10.514 y 10.978 supone un perjuicio irreparable para ENVEL, pues como se deduce, a sensu contrario de la Resolución del Consejo de la CNC de 4 de enero de 2011, en el expediente S/0246/10, el posible acceso de terceros a información obrante en el expediente que contenga secretos comerciales de las partes constituye un daño para las partes que no puede ser reparado.

El recurrente indica que este daño se traduciría en el eventual acceso del resto de las partes interesadas en el procedimiento, competidores directos de la empresa, a información comercialmente sensible, lo que conllevaría un daño que no es susceptible de ser reparado posteriormente, ni siquiera mediante compensación económica, pues pone a disposición de sus competidores, datos, informaciones y reflexiones estratégicas, que pueden ser utilizados por esos competidores en beneficio propio y en contra de los intereses de ENVEL.

SEGUNDO.- Sobre la declaración de 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 28 de diciembre de 2011 (R/0084/11, ELTC 3), 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 caso concreto y formulada siempre motivadamente.

Para realizar la evaluación sobre la confidencialidad o no de unos documentos concretos 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, éstos 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.

Establecido lo anterior, y 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 de gozar de la protección que otorga el artículo 42 de la LDC, siendo ello por los motivos que a continuación pasamos a exponer:

- **Folio 10.357:** el recurrente ha señalado que este documento es un correo electrónico en el que se hace referencia a los precios aplicados por ENVEL en una relación de subcontratación con otra sociedad del sector (UNIPAPEL), por lo que no constituye evidencia de un acuerdo horizontal de fijación de precios y reparto de mercados entre ENVEL y otros competidores, ni está relacionada con el objeto del expediente. La información sobre los precios, (elemento competitivo clave en el plan estratégico de una empresa) es información comercialmente sensible que debe ser declarada confidencial.

Teniendo en cuenta el contenido del correo electrónico discutido (enviado el 29 de enero de 2008) y su relación con otro correo anterior de 18 de diciembre de 2007, entre los mismos directivos de ENVEL y UNIPAPEL (folio 10.296), así como su posible concordancia con documentos similares recabados en las inspecciones de otras empresas también incoadas en el expediente S/0316/10 según el informe de la DI, este Consejo considera que es correcta la apreciación de la Dirección de Investigación en el sentido de que la información en cuestión resulta necesaria para fijar los hechos objeto del expediente -que investiga un presunto reparto en una licitación del Ministerio del Interior para los sobres de las Elecciones Generales de 2008- por lo que no puede resultar confidencial a fin de garantizar el derecho de defensa de los posibles imputados.

Por otro lado, con respecto al debate de si la información contenida en dicho folio es o no secreto comercial, conforme ha declarado el Consejo en numerosas ocasiones (y la Audiencia Nacional ha confirmado en su reciente sentencia de 15 de diciembre de 2011), dicha información habría perdido su carácter confidencial por la difusión entre competidores.

“[...] 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 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.”

Adicionalmente este Consejo considera que la antigüedad de los correos sobre los que se discute -que supera ya los cuatro años- apoya en todo caso el carácter no confidencial de los mismos.

- **Folio 10.514** (y su correspondiente versión traducida al español folio 10.798): el recurrente indica que dichos folios contienen un correo electrónico interno con información relativa a reflexiones de negocio transmitidas por clientes ajenos al expediente, así como estrategias de cara a un cliente concreto. Según el recurrente no hay contactos entre ENVEL y sus competidores: los correos muestran simplemente que ENVEL está negociando con sus clientes un posible aumento de los precios y estos clientes le informan, en el marco de la negociación de que también están manteniendo conversaciones con otros competidores de la compañía. Por tanto, no constituye evidencia de las infracciones alegadas por la DI, ni está relacionada con el objeto del expediente.

Sobre este punto, este Consejo considera que, tanto tomando en consideración la traducción española del documento, como la versión original francesa contenida en el folio 10.514, parece claro que ENVEL está hablando con sus clientes y con la competencia y al hacer referencia al 6% de incremento de los precios, se refiere a la competencia, no a los clientes. Por tanto, tal documento podría acreditar presuntos contactos entre competidores que pudieran ser constitutivos de una infracción de la LDC.

De acuerdo con lo anterior, teniendo en cuenta la información contenida en los correos de los folios controvertidos, concordante con otros incorporados al expediente, este Consejo entiende que en la medida en que puedan ser utilizados por la DI como evidencias de un presunto reparto de mercado, las partes implicadas deben tener acceso a su contenido para poder ejercer, en su caso, los derechos de defensa, por lo que la solicitud de la recurrente debe ser desestimada.

Finalmente, en este contexto, se recuerda que no existe peligro de divulgación de la mencionada documentación, por cuanto toda la información contenida en el expediente sancionador, aún la declarada no confidencial, no puede ser conocida por terceros ajenos al expediente, y sobre los interesados pesa el deber de secreto a que hace referencia el artículo 43 de la LDC.

TERCERO.- Sobre los requisitos del artículo 47 de la LDC. En su escrito de recurso ENVEL alega que el Acuerdo de 18 de noviembre, en relación con la solicitud de devolución realizada por ENVEL, incumple el deber de motivación exigido por el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), aplicable supletoriamente a los procedimientos sujetos a la LDC, en virtud del artículo 45, produciendo una clara situación de indefensión a la empresa.

Según reiterada jurisprudencia, la necesidad de motivar los actos administrativos es una exigencia que deriva del derecho de los administrados de recibir una tutela efectiva de los tribunales contemplado en el artículo 24 de la Constitución, puesto que el desconocimiento de los motivos que llevan a adoptar una determinada decisión a la Administración determina, por un lado, la imposibilidad de que el administrado pueda defenderse adecuadamente y, por otro, impide a los órganos jurisdiccionales que realicen su labor revisora.

Sobre este particular, este Consejo entiende que esta presunta ausencia de motivación de la DI en relación con la solicitud de devolución de ENVEL de determinada documentación, no es un acto susceptible de causar perjuicio irreparable ni indefensión.

Tal y como ha señalado el Consejo de la CNC en repetidas ocasiones (entre otras Resolución del Consejo de la CNC de 7 de octubre de 2010 Expte. R/0053/10 Montesa Honda y de 26 de mayo de 2011, Expte. R/0073/11 Motor City):

“La incorporación de documentos a un nuevo expediente es, en principio, un acto de trámite cualificado, que no resulta apto para causar perjuicio irreparable, salvo que no se respete la confidencialidad documental en los términos del artículo 42 LDC.”

Asimismo, respecto a la necesidad de motivación de los actos de trámite y, en concreto, de la incorporación de documentación al expediente, el Consejo de la CNC, en su Resolución de 29 de noviembre de 2011, Expte. R/0080/11, Manipulado de Papel, declaró que:

“Igual suerte debe seguir la alegación relativa a que la falta de motivación de la Dirección de Investigación a la hora de justificar que cierta documentación forma parte del objeto del expediente le ocasiona indefensión. Y ello es así porque, en primer lugar, este Consejo no la comparte y, en segundo término, porque desconoce de momento la incidencia que dichos documentos van a tener sobre la imputación y que, de serle desfavorables, podrá discutir sin duda a lo largo de todo el procedimiento sirviéndose de las garantías y derechos que el ordenamiento jurídico pone a su disposición.”

En el supuesto que nos ocupa, si bien es cierto que el Acuerdo de 18 de noviembre de 2011, no se pronuncia expresamente sobre la petición de devolución del recurrente, no hay que obviar que la DI previamente en los Acuerdos de fecha 16 de junio y 23 de septiembre de 2011, había acordado de forma motivada que procedía desestimar la solicitud de devolución.

En este sentido, se deduce claramente que no procede la devolución de la documentación solicitada en la medida en que contiene información relacionada con el objeto del expediente, cuyo desconocimiento por el resto de interesados podría vulnerar sus derechos de defensa en la medida en que fuera empleada por la DI para efectuar una eventual imputación.

En cualquier caso, cabe destacar que la falta de motivación del acto, en el supuesto de que existiere, sería en todo caso un defecto que sería susceptible

de convalidación en la Resolución de este Consejo, ex artículo 67 de la LRJ-PAC.

Por lo que respecta al segundo de los requisitos del artículo 47 de la LDC, esto es, la existencia de un perjuicio irreparable, cabe recordar que el Tribunal Constitucional entiende que es *“aquel que provoque el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración”* (por todas, 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 a la recurrente, en el sentido señalado por la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional 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 derechos de ENVEL. Por ello, en ausencia de los presupuestos previstos por el artículo 47 de la LDC, este Consejo entiende que el recurso examinado en la presente resolución debe ser íntegramente desestimado.

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

HA RESUELTO

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por la representación de ENVEL EUROPA, SA, contra el Acuerdo de la DI de fecha 18 de noviembre de 2011.

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.