

.RESOLUCIÓN
(Expte. R/0091/11-ESSELTE)

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 Ávila de Grado, Consejera
D. Luis Díez Martín, Consejero

En Madrid, a 22 de febrero de 2012

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente la Consejera D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/0091/2011, ESSELTE, 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 por ESSELTE, S.A. contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de fecha de 18 de noviembre de 2011, sobre la confidencialidad de ciertos datos aportados por ESSELTE en respuesta al requerimiento de información formulado por la DI en el marco del Expediente S/0317/10, Material de Archivo.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 5 de noviembre de 2010, la Dirección de Investigación (DI) notificó a ESSELTE, S.A. (en adelante, ESSELTE) un requerimiento de información, en el marco del Expediente S/0317/10, Material de Archivo, sobre diversas cuestiones referentes a su política comercial. Con fecha de 24 de diciembre de 2010 ESSELTE presentó escrito en respuesta a tal requerimiento de información, solicitó la confidencialidad de la documentación que acompañaba al mismo y aportó versiones censuradas de la misma.
2. Con fecha de 18 de noviembre de 2011, la DI notificó a ESSELTE el acuerdo del instructor, en el que, junto a la declaración de confidencialidad de ciertos documentos por contener datos que constituyen secretos de negocio de la empresa, se deniega el carácter confidencial, en particular, de los siguientes documentos: tablas que contienen las estimaciones realizadas por ESSELTE de la cuota de mercado que le corresponde a ella y a cada una de las principales empresas o grupos de empresas competidores más relevantes en dicho

mercado en valor y volumen para diferentes productos en los años 2006 a 2010 (folios 961 a 965, punto 6 c del escrito presentado por ESSELTE en contestación al requerimiento de información de la DI).

3. Con fecha de 1 de diciembre de 2011, ESSELTE 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 Comisión Nacional de Competencia (CNC) que se proceda a revocar la decisión de la DI y, consecuentemente, a otorgar el tratamiento confidencial a los documentos anteriormente referidos.
4. La recurrente fundamenta su recurso en la consideración de que tales documentos tienen valor estratégico, ya que constituirían un elemento esencial en el desarrollo de su negocio, dado que el seguimiento de su posición relativa en el mercado y la de sus competidores a través de las cuotas de mercado le permite tomar sus decisiones comerciales y elaborar sus planes estratégicos. Por ese motivo señala la recurrente que se trata de datos claramente vinculados con la política comercial de la empresa.
5. Con fecha de 2 de diciembre 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 (RDC), el Consejo de la CNC remitió copia del recurso a la DI para recabar su informe junto con la correspondiente copia del expediente.
6. Con fecha de 7 de diciembre de 2011, la DI emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido en el punto 3º. En dicho informe, la DI propone que se desestime el recurso interpuesto por ESSELTE, por no generar el acto recurrido indefensión ni perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de la citada empresa, no reuniendo, por tanto, los requisitos del artículo 47 de la LDC.
7. Por Acuerdo del Consejo de la CNC de fecha de 15 de diciembre de 2011, se concede a ESSELTE un plazo de 15 días para formular alegaciones.
8. Mediante escrito de 5 de enero de 2012, con la misma fecha de entrada en la CNC, ESSELTE reitera las alegaciones formuladas en su escrito de interposición respecto al perjuicio irreparable que sufriría si se levantara la confidencialidad de los documentos discutidos que, conforme a su criterio, contienen secretos comerciales. Además de lo anterior, la recurrente formula nuevos argumentos relativos, a las consecuencias de que la DI notificara, durante la vigencia del plazo para formular alegaciones en este procedimiento incidental, el pliego de concreción de hechos (PCH) en el marco del Expediente S/0317/10, Material de Archivo.
9. El Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 25 de enero de 2012.

10. Es interesada ESSELTE, S.A.

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 Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), contra el Acuerdo de la DI de fecha de 18 de noviembre de 2011 sobre la confidencialidad de ciertos datos aportados por ESSELTE en respuesta al requerimiento de información formulado por la DI en el marco del Expediente S/0317/10, Material de Archivo.

En su recurso, la recurrente solicita del Consejo de la CNC que resuelva estimar la confidencialidad del punto 6.c del escrito presentado por ESSELTE en contestación al requerimiento de información realizado por la DI.

La anterior solicitud se justifica en los siguientes argumentos jurídicos:

- La empresa recurrente señala que los documentos declarados no confidenciales en el Acuerdo de la DI de 18 de noviembre de 2011 deberían ser declarados confidenciales por tener un valor estratégico comercial y constituir un elemento esencial en el desarrollo de su negocio cuya divulgación a terceros competidores podría perjudicarle gravemente en sus intereses económicos y comerciales. ESSELTE considera además que la declaración de confidencialidad respecto de esa documentación no acarrearía ninguna clase de indefensión para las empresas competidoras.
- ESSELTE afirma que las cuotas de mercado recogidas en el punto 6.c, que reflejarían su posición relativa en el mercado y la de sus competidores, mediante datos ciertos en el primer caso y mediante estimaciones en el segundo, tienen la condición de secreto comercial pues representan lo que la recurrente considera su posición y la de sus competidores en el mercado, información sobre la que fundamenta sus estrategias comerciales y que ESSELTE no ha hecho pública.
- Alega el recurrente que la CNC se ha apartado de la Comunicación de la Comisión Europea relativa a las normas de acceso al expediente, la cual cita las cuotas de mercado como un supuesto de secreto comercial. La revelación de dichas cuotas, que a juicio de ESSELTE contienen información confidencial y/o secretos comerciales, a terceros, y más aún a competidores de la empresa, causaría un grave perjuicio a los intereses comerciales y económicos de ésta, sin implicar la declaración de confidencialidad de dichas cuotas ningún tipo de indefensión para las empresas competidoras.

- Además, sostiene la recurrente que la divulgación de las cuotas de mercado contradice la práctica usual de la propia CNC en otros ámbitos distintos del sancionador (procedimientos de control de concentraciones), dado que está ampliamente aceptado que en las Resoluciones del Consejo de la CNC los datos de las cuotas de mercado se reflejen en tramos porcentuales para garantizar que no se haga pública la información confidencial aportada por las empresas. Asimismo indica el recurrente que resulta incoherente considerar no confidenciales datos de cuotas de mercado cuando resulta dudoso que tales datos puedan ser objeto de intercambio entre empresas en el marco del artículo 1 de la LDC.
- Asimismo, afirma el recurrente que la divulgación de la información contenida en el punto 6.c, tendría como consecuencia la revelación de datos esenciales de ESSELTE a sus competidores, dado que se les estaría facilitando datos concretos de las ventas de las empresas. Ello se debe, según el recurrente, a que en contestación al punto 6.c del requerimiento de información, ESSELTE facilitó una estimación del tamaño total del mercado español de material de archivo (en valor y en volumen) y aplicando las cuotas de mercado contenidas en el punto 6.c a la información aportada en el punto 6.b (datos de estimación del tamaño total del mercado español en materia de archivo, en valor y en volumen, distinguiendo por tipos de producto), es posible la obtención de los datos concretos de todas las empresas identificadas, en cada una de las categorías del producto y para todo el periodo comprendido entre el año 2006 y el año 2010 y especialmente en el caso de la propia ESSELTE, por cuanto la información de sus ventas no son estimaciones sino datos reales.
- En su escrito de alegaciones ESSELTE complementa los anteriores argumentos con uno nuevo relativo a que la declaración de confidencialidad de dichas cuotas no genera ningún tipo de indefensión para las empresas competidoras, con apoyo en el hecho de que la DI decidió notificar el PCH a las partes antes de que resolviera el presente recurso y, por tanto, manteniendo cautelarmente la confidencialidad de los documentos objeto de discusión. Asimismo, reitera la recurrente que la antigüedad inferior a cinco años de los datos contenidos en la documentación cuya confidencialidad solicita, es otro argumento a favor de su condición confidencial.

Por tanto, resulta necesario analizar el carácter confidencial de los documentos discutidos y la justificación aportada sobre su carácter de secreto comercial, 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 LDC.

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 28 de diciembre de 2011 (R/0084/11, ELTC 3), 29 de noviembre de 2011 (R/0080/11, Manipulado de papel), 16 de septiembre de 2011 (R/0077/11, ENVEL) y 22 de junio de 2011 (R/0070/11, GRAFOPLAS 2)] 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.

En materia de confidencialidad de datos aportados a los expedientes tramitados en el ámbito de la defensa de la competencia, es preciso lograr un equilibrio entre la necesidad de desvelar la información imprescindible para que los interesados en el expediente puedan hacer alegaciones que estimen pertinentes, en aras de ejercer su derecho de defensa, y la necesidad de salvaguardar los secretos que pertenecen a cada empresa (vid, en este sentido, Resolución del Consejo de la CNC de 27 de octubre de 2008, Expte R/003/08 Trío Plus).

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: [...] *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.

La DI declaró confidenciales, conforme a lo solicitado por la empresa, diversos documentos presentados por la recurrente en respuesta al requerimiento de información precitado (folios 959, 966 a 968, 970 a 971, 972 a 974 y 981 a 982). La documentación cuya confidencialidad se discute se recoge en el punto 6.c del escrito presentado por la recurrente (folios 961 a 965). En tal documentación, y bajo la denominación "*Estimación de la parte que le corresponde a ESSELTE y a cada una de las principales empresas o grupos de empresas competidores más relevantes en dicho mercado (cuota de mercado), en valor y volumen*", se contienen cinco tablas tituladas "Estimaciones subjetivas de participación de mercado por año", correspondiendo estas tablas a cada uno de los ejercicios del periodo 2006 a 2010 (octubre). Cada una de estas tablas contiene una relación detallada de productos (carpetas colgantes, archivadores plástico, etc.) y señalando las cuotas de mercado en valor y unidades para ESSELTE y otras empresas del sector (siete identificadas por su nombre y una columna adicional para "otros"). Asimismo, en una primera columna bajo el título mercado, se señalan los importes totales en euros y número de unidades para cada producto.

En las tablas no se especifica ni la fuente ni el procedimiento de obtención y, tal como señala la DI en su Informe, del análisis de las tablas se deduce que contienen estimaciones subjetivas realizadas por ESSELTE y no datos reales salvo, en su caso, respecto de los datos de venta de la propia ESSELTE.

El hecho de que una determinada información provenga de estimaciones realizadas por la empresa no prejuzga su carácter de secreto comercial. Para concluir que la información tiene tal carácter, hay que analizar su contenido y situarla en su contexto jurídico-económico.

En este caso, el Consejo no comparte la alegación de ESSELTE de que tales documentos contengan a día de hoy secretos comerciales. Es cierto que contienen información de lo que la recurrente considera que era su posición y la de sus competidores en el mercado en determinados ejercicios pasados. Pero de las meras estimaciones presentadas en los folios 961 a 965 no se deduce la estrategia comercial de la empresa –o al menos ESSELTE no ha justificado cómo se deduciría. Ello es todavía más notorio si se tiene en cuenta que se trata además de datos con una cierta antigüedad en el momento de su incorporación al expediente y del carácter subjetivo de las estimaciones, al menos, respecto a los terceros.

En este sentido, en lo que se refiere a datos de otros agentes del mercado, dado que no se indica por ESSELTE su forma de obtención, debe presumirse que se trata de información obtenida de carácter público y de fácil obtención

para un operador con conocimiento del mercado, lo que de nuevo cuestiona su carácter de secreto comercial.

Tampoco la alegación de ESSELTE relativa a que no ha hecho pública tal información resulta suficiente para otorgar a esta información el carácter de secreto comercial, y por tanto su tratamiento confidencial. La divulgación previa es un elemento que se analiza fundamentalmente con vistas a determinar si puede causarse o no perjuicio grave a la empresa en cuestión con el levantamiento de la confidencialidad, no como criterio determinante de la confidencialidad. No se aprecia en este caso cuál es el perjuicio que se deriva para ESSELTE de la divulgación de una información que presenta estimaciones de la posición relativa de la empresa en el mercado en ejercicios pasados. Incluso si de ella se pueden deducir los datos reales de ventas de ESSELTE. A este respecto, el que la Comunicación de la Comisión Europea relativa a las normas de acceso al expediente establezca que, por regla general, se presume que pierde la confidencialidad la información referente a las ventas y cuotas de mercado que tengan más de cinco no puede leerse, a sensu contrario, como que toda información sobre estas variables con menos de cinco años de antigüedad deba ser automáticamente considerada como confidencial.

Por lo demás, la mención a que en materia de control de concentraciones para ofrecer la información sobre cuotas se hace uso de horquillas parece irrelevante a los efectos de este caso. Fundamentalmente, porque la naturaleza del procedimiento es diferente. Además, porque ello se hace referencia a las versiones que se publican y no necesariamente a la información que se maneja durante el procedimiento. En todo caso, ESSELTE no ha presentado en ningún momento versiones de los folios 961 a 965 censuradas de esta forma para que el Consejo las hubiera tomar en cuenta.

Tampoco dota a esta información del carácter de secreto comercial el argumento de que resulta dudoso que tales datos puedan ser objeto de intercambio entre empresas en el marco del artículo 1 de la LDC. Los intercambios de información entre competidores hay que analizarlos en cada caso por su naturaleza, contexto y el objeto con que se producen.

El que el PCH fuera notificado sin incluir la información de la que aquí se debate no supone, en contra de lo alegado por ESSELTE, ningún reconocimiento de que no sea información relevante para el ejercicio de los derechos de defensa del resto de partes en el procedimiento. La DI formulará su propuesta de resolución una vez resuelto el presente recurso, y las partes tendrán oportunidad de formular las alegaciones que estimen oportunas a tal propuesta de resolución, conforme a las previsiones del art. 31 RDC en relación al acceso al expediente. En todo caso, el fundamento para denegar la confidencialidad de la información reside en que carece del carácter de secreto de negocio y no se encuentra justificado el perjuicio que causa su revelación.

Finalmente, 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 que impide que exista 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.

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

En su escrito de recurso frente al Acuerdo de la DI de 18 de noviembre de 2011, ESSELTE no realiza ninguna alegación relativa a la posible producción de indefensión. Sólo en su escrito de alegaciones se refiere al “grave perjuicio para el ejercicio efectivo del derecho de defensa de ESSELTE”, pero vincula tal perjuicio a su derecho de defensa no al Acuerdo de la DI que se recurre, sino a la decisión de la DI de notificar el PCH antes de la finalización del plazo para presentar alegaciones al presente recurso, lo que habría obligado a la recurrente, a la vez, a contestar al PCH, proveer la información requerida en el mismo y presentar sus alegaciones en este procedimiento incidental.

Como resulta evidente, este Consejo solo puede pronunciarse a través de este recurso sobre la legalidad del acto impugnado y no sobre otros ajenos al mismo y relativos a momentos posteriores de un procedimiento que, no debemos olvidar, se encuentra en instrucción. En cualquier caso, es conveniente recordar que, conforme a lo dispuesto por el artículo 111 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, la interposición de recursos administrativos no suspende por sí sola la ejecutividad del acto.

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 a la 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 derechos de ESSELTE. 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 por la representación de ESSELTE S.A., contra el Acuerdo de la Directora de Investigación de 18 de noviembre de 2011, sobre la confidencialidad de ciertos datos aportados por ESSELTE en respuesta al requerimiento de información formulado por la DI en el marco del Expediente S/0317/10, Material de Archivo.

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.