

## **RESOLUCIÓN**

(Expte. R/0105/12, ALGODONERA DEL SUR)

### **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. Luis Díez Martín, Consejero

En Madrid, a 16 agosto de 2012

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia, con la composición expresada y siendo Ponente D<sup>a</sup> Pilar Sánchez Núñez, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/0105/12 ALGODONERA DEL SUR, 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 ALGODONERA DEL SUR, S.A (ALGOSUR), contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación (en adelante DI), de 22 de mayo de 2012, que resuelve la solicitud de levantamiento de confidencialidad de ALGOSUR.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. Con fecha 24 de febrero de 2012, la Dirección de Investigación de la CNC incoó el expediente sancionador S/0378/11 contra Algodonera del Sur, S.A. (ALGOSUR), Desarrollo y Aplicaciones Fitotécnicas, S.A. (DAFISA), Eurosemillas S.A., Industria desmotadora andaluza, S.L. (INDESA) y Colectivo Algodoneras del Sur de Andalucía, S.L. (COALSA) por una posible conducta anticompetitiva consistente en la adopción de acuerdos tendentes a fijar los precios pagados a los productores de algodón, contraria al artículo 1 de la LDC.
2. Con fecha 30 de julio de 2012, la Dirección de Investigación de la CNC acordó ampliar la incoación del expediente S/0378/11 contra las empresas desmotadoras SURCOTTON S.A. y ALGODONERA BLANCA PALOMA S.A.
3. Con fecha 25 de abril de 2012, la Dirección de Investigación requirió a ALGOSUR la aportación de información.
4. Con fecha 16 de mayo de 2012, ALGOSUR presentó escrito de respuesta al requerimiento de la DI solicitando la declaración de confidencialidad de determinada información.
5. Con fecha 22 de mayo de 2012, el instructor del expediente dictó acuerdo en el que se resuelve aceptar la confidencialidad solicitada por la empresa, excepto en lo que respecta a determinados apartados de la respuesta 6.
6. Con fecha 30 de mayo de 2012, ALGOSUR interpuso recurso administrativo contra el Acuerdo de 22 de mayo de 2012, en virtud del artículo 47 de la LDC, solicitando al Consejo

se dicte resolución por la que se declare la nulidad del acuerdo, y subsidiariamente, caso de no ser estimada la anterior petición, se declare la confidencialidad de la totalidad de la información y documentación facilitada a la CNC en la respuesta 6.

ALGOSUR adicionalmente solicita que se acuerde la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado hasta que se resuelva el recurso, y ello sin perjuicio de que pueda decretarse la suspensión de la tramitación del procedimiento principal.

7. Con fecha 30 de mayo de 2012, 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.
8. Con fecha 5 de junio de 2012 la DI emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido en el punto 6. En dicho informe, la DI propone que se desestime el recurso interpuesto por ALGOSUR, toda vez que la información contenida en el apartado 6 del escrito de 16 de mayo de 2012, no constituye secreto comercial, y además podría ser relevante para determinar la existencia de una presunta infracción del derecho de la competencia en el mercado español de desmontado de algodón.
9. Por Acuerdo del Consejo de la CNC de fecha 28 de junio de 2012, se concedió a ALGOSUR un plazo de 15 días para formular alegaciones.
10. Mediante escrito de 24 de julio de 2012, con entrada en la CNC el 31 de julio ALGOSUR presentó escrito de alegaciones al informe de la DI.
11. El Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 16 de agosto de 2012.
12. Es interesada ALGODONERA DEL SUR, S.A (ALGOSUR).

## **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 ALGOSUR 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 22 de mayo de 2012, por el que se resuelve la solicitud de declaración de confidencialidad de determinada información aportada por ALGOSUR, en contestación al requerimiento de la DI de 25 de abril de 2012.

En este acuerdo la DI acepta la confidencialidad solicitada por esta empresa en su escrito de 16 de mayo de 2012, excepto en lo que respecta a la información contenida en la respuesta 6, en el que únicamente se declara confidencial determinada información, por considerarse que se trata de información sobre la estrategia comercial propia de la empresa, denegando la confidencialidad para el resto de la respuesta 6.

En su recurso ALGOSUR solicita que el Consejo de la CNC dicte resolución, declarando la nulidad del citado Acuerdo, y subsidiariamente para el caso de no ser estimada la anterior petición, se acuerde la declaración de confidencialidad de la totalidad de la información y documentación facilitada a la CNC.

La anterior solicitud se justifica en los siguientes argumentos jurídicos:

- Se alega que la admisión de la confidencialidad solicitada ha sido muy parcial y el acuerdo recurrido carece de toda motivación.
- Se invoca el carácter de secreto comercial de la información requerida.

**SEGUNDO.- Sobre la declaración de 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”.

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), 16 de mayo de 2011 (R/0064/11, CTT Stronghold), 16 de febrero de 2012 (R/0090/11, ENVEL)], 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.

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 respuesta número 6 cuya confidencialidad solicita la representación de ALGOSUR, no deben de gozar de la protección que otorga el artículo 42 de la LDC, puesto que dichos documentos no revelan secretos comerciales de la recurrente, máximo cuando en determinados casos han podido ser, además, objeto de difusión entre competidores y adicionalmente contienen información necesaria para delimitar el perímetro de la infracción, cuyo desconocimiento por el resto de los interesados en el expediente podría generar indefensión.

La información controvertida por tanto, no es susceptible de ser declarada confidencial por no constituir secreto comercial alguno de la recurrente.

ALGOSUR, en su respuesta 6, no aporta cifras o cuantías concretas de precios o cotizaciones, ni fórmulas con porcentajes concretos para el cálculo del anticipo o cualquier otro dato concreto que pudiera desvelar a un competidor el precio de compra o una parte importante del mismo o de cualquier otra condición comercial general, sino que se trata de información genérica.

ALGOSUR en su escrito de 16 de mayo de 2012 ofrece unas explicaciones muy genéricas sobre la fijación del anticipo, ya previstas de forma similar en respuestas anteriores de los competidores obrantes en el expediente con carácter no confidencial, de las que ALGOSUR ha tenido conocimiento al tomar vista del expediente con fecha 12 de abril de 2012, esto es, con anterioridad a la presentación de su escrito de 16 de mayo, no considerando las empresas afectadas que esa información pudiera constituir secreto comercial.

La divulgación de una información que no tiene carácter de secreto comercial no puede generar en modo alguno indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente.

Finalmente, conviene recordar también en este contexto, que la divulgación de la mencionada información se limita a las partes del expediente, por cuanto que toda la información contenida en el expediente sancionador, aún la declarada no confidencial, no puede ser conocida por terceros ajenos al expediente, puesto que sobre los interesados en el procedimiento 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.**

El artículo 47 de la LDC prevé la posibilidad de presentar recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la DI, estableciendo 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”*.

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

Tal y como ha establecido reiterada doctrina de la CNC a propósito de la noción de “indefensión” contenida en el artículo 47 de la LDC, para que la indefensión generada por el acto de trámite permita la impugnación de éste, ha de tratarse de una indefensión de carácter sustancial, que entrañe *“efectivo y real menoscabo del derecho de defensa”*.

La representación de ALGOSUR sostiene que el Acuerdo de la DI de 22 de mayo de 2012, 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 LRJ-PAC), y que esa absoluta falta de motivación provoca indefensión.

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, 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 confidencialidad de ALGOSUR 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, Expte R/0090/11 ENVEL):

*“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, el acuerdo de la DI de fecha 22 de mayo de 2012 motiva su declaración negativa de confidencial de la información controvertida en que la misma no puede ser valorada como información sobre la estrategia comercial propia de la empresa, por lo que no cabe apreciar la ausencia de motivación que alega el recurrente.

En este sentido, señala el acuerdo recurrido que:

*"Examinada la información aportada por ALGODONERA DEL SUR, S.A (ALGOSUR), el 16 de mayo de 2012, esta Dirección de Investigación resuelve aceptar la confidencialidad solicitada en este escrito, excepto en lo que respecta a la información contenida en la respuesta 6. En concreto, en relación, con esa información de la respuesta 6, se acepta parcialmente la confidencialidad, en el sentido de que únicamente se consideran confidenciales las siguientes informaciones, por considerarse que se trata de información estratégica de la empresa (Subrayado propio)".*

Esto es, la DI en su Acuerdo de 22 de mayo de 2012, acepta la declaración de confidencialidad de la totalidad de la información aportada por la empresa, en contra de lo sostenido por la recurrente que alega que la solicitud de confidencialidad ha sido aceptada muy parcialmente, con la única excepción de determinada información contenida en la respuesta 6, dado que la misma no contiene información estratégica de la empresa.

En cualquier caso, cabe destacar que la falta de motivación del acto, en el supuesto que existiere, lo que no concurre en este caso, sería en todo caso un defecto susceptible de convalidación en la resolución del 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 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 ALGOSUR.

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 ALGODONERA DEL SUR, S.A (ALGOSUR) contra el Acuerdo de la DI de fecha 22 de mayo de 2012.

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.