



RESOLUCIÓN

(Expte. R/0111/12, ORACLE)

CONSEJO

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

En Madrid, a 17 de octubre de 2012

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia, con la composición expresada y siendo Ponente D. Julio Costas Comesaña, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/0111/12 ORACLE, 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 ORACLE CORPORATION y ORACLE IBERICA, SRL, en adelante (ORACLE), contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación (en adelante DI), de 9 de julio de 2012, que resuelve la solicitud de levantamiento de confidencialidad de ORACLE.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 28 de julio de 2011, se notificó a ORACLE Providencia de la Directora de Investigación de la CNC por la que se acordaba la incoación de un expediente sancionador por conductas prohibidas en los artículos 2 de la LDC y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) iniciado por denuncia de Hewlett Packard Company y Hewlett Packard Española, S.L (conjuntamente HP).
2. Con fecha 21 de marzo de 2012, en el marco de dicho expediente sancionador S/0354/11, el Instructor del mismo dictó Pliego de Concreción de Hechos (en adelante PCH), que fue notificado a ORACLE el 23 de marzo de 2012.
3. Con fecha 20 de abril de 2012 tuvo entrada en la CNC escrito de alegaciones de HP al mencionado PCH.
4. Con fecha 24 de mayo de 2012, tuvo entrada en la CNC escrito de ORACLE por el que solicitaba el levantamiento de la confidencialidad de determinada información del escrito de alegaciones de HP al mencionado PCH.



5. Con fecha 25 de mayo de 2012, el Instructor del expediente S/0354/11 dio traslado a HP, la otra parte interesada en el citado expediente, de la solicitud que había realizado ORACLE para que en el plazo de 10 días enviase las manifestaciones que tuviese por convenientes y, en su caso, presentase una nueva versión no confidencial de la documentación de HP para la cual ORACLE solicitaba el levantamiento de la confidencialidad.
6. Con fecha 4 de junio de 2012, HP presentó un escrito ante la CNC, en el que valoraba cada uno de los extremos sobre los que ORACLE se basaba para el levantamiento de la confidencialidad de la documentación aportada por HP y, como resultado de ello, HP aportó nuevas versiones confidenciales de los documentos afectados.
7. El 22 de junio de 2012, se formuló la Propuesta de Resolución de la DI (en adelante PR), que fue notificada ese mismo día a los interesados.
8. Con fecha 9 de julio de 2012, la DI dictó Acuerdo por el que se denegaba la solicitud de levantamiento de confidencialidad de ORACLE. En este Acuerdo, la DI decidió mantener cautelarmente la confidencialidad de la información que HP no accedió a levantar en su escrito de 4 de junio de 2012. Además señala que en la PR se recogía toda la información del expediente utilizada para acreditar y valorar las conductas de ORACLE, sin que se hubiese utilizado información confidencial frente a ORACLE que afectara a su derecho de defensa.
9. El 20 de julio de 2012, ORACLE interpuso recurso administrativo contra el Acuerdo de la DI de 9 de julio de 2012, en virtud del artículo 47 de la LDC, solicitando al Consejo que dictara Resolución anulando el citado Acuerdo, y declarando el carácter no confidencial de los extremos reseñados en su escrito.
10. Con fecha 23 de julio 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.
11. Con fecha 27 de julio de 2012 la DI emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido en el punto 8. En dicho informe, la DI propone que se desestime el recurso interpuesto por ORACLE, en la medida en que la empresa no ha justificado convenientemente que la información para la que solicita el levantamiento de confidencialidad no sea información comercial sensible de HP, ni es cierto que dicha declaración de confidencialidad haya generado indefensión a ORACLE, puesto que no había sido utilizada en la PR para fundamentar la imputación de ORACLE.
12. Por Acuerdo del Consejo de la CNC de fecha 12 de septiembre de 2012, se concedió a ORACLE un plazo de 15 días para formular alegaciones.



13. Con fecha 28 de septiembre de 2012, ORACLE presentó escrito de alegaciones al informe de la DI de 27 de julio de 2012.
14. El Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 17 de octubre de 2012.
15. Es interesada ORACLE CORPORATION y ORACLE IBÉRICA, S.R.L.

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 ORACLE 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 9 de julio de 2012, por el que se resuelve la solicitud de levantamiento de confidencialidad de determinada información obrante en el expediente S/0354/11 ORACLE, solicitada por la recurrente el 24 de mayo de 2012.

En su recurso ORACLE solicita que el Consejo de la CNC dicte resolución, anulando el citado Acuerdo, y declarando el carácter no confidencial de los extremos reseñados en su recurso y que se refieren a los siguientes documentos:

- Párrafo 31 del escrito de alegaciones de HP al PCH.
- Párrafo 68 del escrito de alegaciones de HP al PCH.
- Párrafo 93 del escrito de alegaciones de HP al PCH.
- Párrafo 94 del escrito de alegaciones de HP al PCH.
- Párrafo 217 del escrito de alegaciones de HP al PCH.
- Nota al pie 169 del escrito de alegaciones de HP al PCH.
- Párrafo 249 del escrito de alegaciones de HP al PCH.
- Párrafo 253 del escrito de alegaciones de HP al PCH.
- Página 20, primer párrafo del anexo 1 del escrito de alegaciones de HP al PCH.
- Párrafos 149, 150, 163, 169, 221, 243 y 231 de las alegaciones de HP, notas al pie 122, 128 y 171 y anexos 3, 8 y 13.
- Página 28, segundo y tercer párrafo, página 30, página 33- tercer, quinto y sexto párrafo, página 35 – primer, segundo y tercer párrafo, página 36, primer párrafo y página 37 del anexo 1 del escrito de alegaciones de HP al PCH.
- Tablas 8, 9, 10, 11, 12, 14 y 15 del anexo 1 del escrito de alegaciones de HP al PCH.

ORACLE considera que la negativa de la Dirección de Investigación a levantar la confidencialidad de los documentos controvertidos constituye una infracción de los derechos de defensa de ORACLE que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva

consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española e incurre en las causas de nulidad de pleno derecho establecidas en el artículo 62.1 a), así como la vulneración del artículo 135, ambos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

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

El artículo 47 de la LDC de la Ley 15/2007 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 ORACLE 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.

Dado que ORACLE no argumenta perjuicio irreparable como motivo para interponer el presente recurso, a continuación se analiza si el Acuerdo de la DI de 9 de julio de 2012, produce efectivamente indefensión a ORACLE.

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 tramite 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 ORACLE sostiene que la denegación por parte de la DI de acceso a la documentación constituye una violación del derecho de defensa, en la medida en que en su calidad de denunciada, ha de poder acceder de forma completa a toda aquella documentación en que la autoridad se apoye para elaborar su acusación.

Sobre el tratamiento de la confidencialidad, la jurisprudencia ha señalado que ante un posible conflicto entre los derechos de las partes procesales a articular su defensa con plenitud de medios y sin limitaciones indebidas y la protección dispensada por el Ordenamiento Jurídico a la información declarada confidencial por su afección a materias atinentes a secretos comerciales o industriales, se impone una valoración circunstanciada de cada caso concretamente examinado, a fin de cohonestar de forma singularizada el derecho a la defensa y la protección de los intereses públicos y privados que conducen a las limitaciones de acceso al expediente administrativo (Autos del TS de 31 de enero de 2007, 13 de julio y 5 de

octubre; asimismo, recogiendo tal doctrina, vid. Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de diciembre de 2011, FºJº Cuarto).

Como afirma el Auto del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2006 (rec.47/06) *“Esta doctrina no se opone sino que resulta complementaria de la que se expone en la sentencia dictada por el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de 17 de diciembre de 1991, recaída en el asunto Hércules Chemicals, a tenor de la cual, ‘Se deduce de lo anterior que la Comisión está obligada a poner de manifiesto a las empresas implicadas en un procedimiento de aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado CEE el conjunto de documentos de cargo y de descargo que recogió durante su investigación, con excepción de los secretos comerciales de otras empresas, de los documentos internos de la Comisión y de otras informaciones confidenciales. Este Tribunal considera que en el caso de autos ninguna circunstancia permite demostrar que los servicios de la Comisión seleccionaran los documentos que se pusieron de manifiesto a la demandante con el fin de impedirle demostrar que, dada la posición de su empleado en las reuniones de productores de polipropileno, ella no había participado en la infracción. En efecto, es preciso reconocer que, frente a las negativas de la Comisión, la demandante no ha aportado indicio alguno que pueda demostrar la mala fe de los servicios de la Comisión, cosa que habría podido hacer concretando ante ese Tribunal las sospechas que expresó en su escrito de 30 de agosto de 1984, según las cuales ciertos documentos descubiertos por la Comisión en sus locales no habían sido recogidos en el expediente que se le puso de manifiesto.’*”

En síntesis, la adecuada ponderación entre el derecho a la defensa y el respeto a la confidencialidad, tácita o expresa, de determinados extremos obrantes en el expediente, exige un esfuerzo analítico de las razones por las que se considera pertinente la aportación de documentos de conocimiento limitado, coherente con el principio, de raigambre anglosajona, a tenor de la cual el acceso debe ampararse en la llamada “need to know”, necesidad que debe justificarse, en este caso en concreto, por referencia a cada uno de los documentos solicitados”.

Como ha declarado con reiteración el Tribunal Constitucional, ningún derecho, ni aún los fundamentales, es absoluto o ilimitado. Unas veces el propio precepto constitucional que lo consagra ya establece explícitamente los límites; en otras ocasiones éstos derivan de la necesidad de preservar otros derechos o bienes constitucionales dignos de tutela.

Situados en esta perspectiva, es en efecto carga de la parte recurrente argumentar que el proceso de razonamiento técnico y jurídico que condujo a la decisión administrativa no puede ser fiscalizado con el sólo examen de la documentación no confidencial, sino que requiere forzosamente del estudio de la documentación protegida, más concretamente de cada uno de los documentos cuya entrega se reclama. Asimismo, no resulta suficiente una mención inconcreta o genérica a la documentación declarada confidencial, sino que se precisa una indicación más precisa respecto de qué documentos son los que desvirtuarían los hechos imputados.

Si las razones suministradas al afecto revisten suficiente vigor desde la perspectiva de los derechos fundamentales a la defensa y a la tutela judicial efectiva, el levantamiento de la confidencialidad será jurídicamente obligado. Por el contrario, si no se expone de forma satisfactoria la necesidad de acceso al material confidencial, habrá de prevalecer el amparo que el Ordenamiento presta a la confidencialidad.

TERCERO.- Improcedente alegación de indefensión.

De acuerdo con las consideraciones efectuadas en el Fundamento de Derecho anterior, este Consejo entiende que los argumentos alegados por la recurrente, tanto en su recurso de 20 de julio de 2012 como en las alegaciones de 28 de septiembre de 2012, no pueden considerarse motivación suficiente a efectos del levantamiento de la confidencialidad. Y ello por las distintas razones que a continuación se exponen.

En primer lugar debe señalarse que ORACLE solicita el levantamiento de la confidencialidad de determinada información de la que ya tiene conocimiento al obrar en su poder por venir reflejada en el PCH: así ocurre con el número de contratos pretendidamente afectados por la decisión de Oracle consignada en el párrafo 249 del escrito de alegaciones de HP al PCH sobre el que ORACLE solicita, al menos, conocer un rango o número aproximado cuando los clientes que la DI considera que se han visto afectados por la supuestas prácticas anticompetitivas aparecen delimitados en el Hecho Acreditado 11 del PCH. Lo mismo cabe decir respecto a la página 20, primer párrafo, del Anexo 1 al escrito de alegaciones de HP, sobre el que ORACLE sostiene que la DI ha construido su definición del mercado de servidores de gama alta, al incluir en el párrafo 166 de la PR una conclusión sobre la convergencia de las prestaciones de los servidores x86 con los servidores de la arquitectura RISC/EPIC para la que no se ha citado fuente alguna y que considera basada en la alegación de HP. Como recuerda la DI en su informe al recurso la conclusión del párrafo 166 de la PR a la que alude Oracle es un resumen de los párrafos 148 a 150 del PCH, en el que se citan varias fuentes: así, por ejemplo, en la nota 130 del PCH alude como fuentes de dicha conclusión manifestaciones de la empresa INTEL, distintos informes, de 2011 y 2012, de varias empresas consultoras como IDC y Forrester Research, así como la decisión n° 12-D-01, de 10 enero de 2012, de la Autoridad francesa de Competencia sobre medidas cautelares, sobre una denuncia similar de HP.

Por otro lado no puede obviarse que buena parte de la documentación conflictiva (a título de ejemplo los párrafos 68, 149, 150, 163, 169, 221, 243, 231, notas al pie 122, 128 y 171 del escrito de alegaciones de HP al PCH, anexos 3, 8 y 13 del mismo, páginas 20, primer párrafo, 28 segundo y tercer párrafo, 30, 33 tercer, quinto y sexto párrafo, 35 primer, segundo y tercer párrafo, 36, primer párrafo y 37 del anexo 1 del escrito de alegaciones de HP al PCH y tablas 8, 9, 10, 11, 12, 14 y 15 de dicho anexo) no ha sido utilizada por la DI en la PR para reforzar la fundamentación

realizada en el PCH sobre la imputación a ORACLE de la comisión de una conducta supuestamente anticompetitiva. De este modo, si la DI no ha utilizado de ninguna manera dicha información, cualquier otra consideración estaría al margen de lo que aquí se discute y no puede mantener ORACLE que el desconocimiento de la misma le provoca indefensión.

Del mismo modo entiende el Consejo que, aún en el caso de que dicha información conflictiva se hubiese valorado de algún modo por el órgano instructor -no olvidemos que la DI está obligada a valorar toda la documentación que le presenten las partes junto con sus alegaciones al PCH del expediente, lo cual no supone un acceso automático de las partes a la misma-, dicha información confidencial se debería haber utilizado como apoyo en la fundamentación de la comisión de una conducta sancionable para que produjese un menoscabo en el derecho de defensa de la imputada. Sin embargo observa el Consejo que es la tónica general de los argumentos de la recurrente el “sospechar” de forma genérica que dicha información se ha valorado por la DI, pero sin indicar dónde concretamente se ha utilizado dicha información en su contra (así sucede por ejemplo en los párrafos 93, 94 o 253 del escrito de alegaciones de HP al PCH). Difícilmente podrá este Consejo evaluar dónde se ha producido una indefensión de carácter sustancial, que entrañe “efectivo y real menoscabo del derecho de defensa”, si ni siquiera la parte recurrente indica cómo y dónde se ha utilizado esa información en su perjuicio.

Es plenamente aplicable al presente recurso la consideración que hizo el Consejo de la CNC en el Fundamento de Derecho Cuarto de su reciente Resolución de 9 de julio de 2012 en el expediente R/0103/12, ORACLE, en la que precisamente ORACLE era la empresa recurrente: *“este Consejo entiende que no puede considerarse fundamento suficiente a efectos de considerar la existencia de indefensión la mera alegación, huérfana de mayores consideraciones, de que los documentos concernidos figuran en el expediente y fueron valorados por la Administración autora del acto, ni de que se ha impedido a ORACLE la formulación de alegaciones, como tampoco puede justificarse tal pretensión en alegaciones genéricas de corte preventivo, por las que se pretenda examinar determinados documentos únicamente para cerciorarse de su interés o intrascendencia”*. Y ello porque las constantes insinuaciones de la parte recurrente relativas a que debe conocer la información conflictiva para saber si ésta le interesa o no en cuanto a su derecho de defensa se refiere, supone acabar con el sentido de la declaración de confidencialidad de un documento.

A mayor abundamiento, considera el Consejo, tal y como argumentó la DI, que no puede hablarse de indefensión cuando se ha permitido conocer de forma genérica la información declarada confidencial, puesto que, no siendo datos esenciales para la imputación, tampoco permite a ORACLE alegar su desconocimiento y su contenido general, ponderando con ello la existencia de secretos comerciales que deben ser protegidos por la CNC en el marco de cualquier expediente (así, por ejemplo el

resumen de información aportado por HP en su nueva versión confidencial del escrito de alegaciones a la PR).

En definitiva, este Consejo considera que ORACLE dispone de la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos de los hechos que se le imputan y a los que, el Consejo, sin valorar su contenido material, ha tenido acceso por razón de este recurso, por lo que no cabe apreciar que la denegación de levantamiento de confidencialidad, produzca un menoscabo de su derecho de defensa, en el sentido del artículo 47 de la LDC.

En todo caso, en la medida en que la tramitación del procedimiento sancionador debe continuar según lo previsto en la LDC, si el Consejo, una vez analizada en detalle la totalidad de la documentación que conforma el expediente, considerase que parte de la documentación a la que no ha tenido acceso ORACLE es necesaria para poder ejercitar con plenitud su derecho de defensa, podría levantar la confidencialidad de la misma. Por lo que, una vez más, no cabe concluir que el acuerdo de la DI de 26 de abril de 2012 provoque indefensión material a la recurrente.

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 ORACLE CORPORATION Y ORACLE IBÉRICA, S.R.L contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de fecha 9 de julio 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.