

RESOLUCIÓN **(Expte. R/0054/10, BBR)**

CONSEJO

D. Luis Berenguer Fuster, 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

En Madrid, a 17 de noviembre de 2010

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia (en adelante, el Consejo), con la composición expresada al margen y siendo Ponente la Consejera D^a. Pilar Sánchez Núñez, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente R/0054/10, BBR, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto con fecha 18 de agosto de 2010 por D.[...], Director Gerente de BBR PRETENSADOS Y TECNICAS ESPECIALES, S.L. (en adelante, BBR) contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de la CNC (en adelante, DI) de 3 de agosto de 2010 por el que resolvía sobre la solicitud efectuada por BBR mediante escrito de 28 de junio de 2010 relativa a la confidencialidad de determinada información.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Mediante escrito de fecha 16 de junio de 2010, la DI dirigió a BBR un requerimiento de información en el marco del expediente S/0287/10, Sistemas de postensado y geotecnia, sobre diversos extremos relativos a la estructura y actividad de la empresa, concediendo un plazo de diez días para su contestación así como, en su caso, la remisión de la correspondiente solicitud de confidencialidad y versión censurada de la información aportada.
2. BBR dio respuesta al precitado requerimiento el 28 de junio de 2010, indicando en su escrito que *“con carácter previo a que la presente contestación sea puesta a disposición de terceros, y especialmente competidores de BBR PTE, esta empresa se reserva la posibilidad de designar previamente qué parte de la misma reviste carácter confidencial a esos efectos”*. Todas las páginas de su escrito venían rotuladas con la mención *“CONFIDENCIAL”*.

3. El 4 de agosto de 2010, la DI remitió notificación a BBR comunicándole lo acordado por la instructora del expediente el anterior día 3 en el sentido de considerar *“confidenciales, por contener secretos comerciales, exclusivamente los datos relativos a ventas a mercado libre (por obras internas y externas) contenidos en la página 5 de su escrito”*, y concediendo un plazo de diez días para que el notificado pudiera interponer, en su caso, el recurso que estimara oportuno ante el Consejo de la CNC.
4. Recibida la anterior notificación el 10 de agosto de 2010, por escrito fechado el siguiente día 13 (recibido en la CNC el 18 de agosto 2010), BBR interpuso recurso al amparo del artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), reclamando que se mantuviera *“la confidencialidad de los listados de clientes de esta empresa, y especialmente en cuanto a los proyectos realizados para empresas del grupo FCC”*. Alegaba que su listado de proyectos tenía un carácter reservado, ya que *“si bien los competidores conocen parte de los proyectos que realiza BBR PTE, en ningún caso disponen de un listado completo de todas las obras realizadas por esta empresa, lo que les podría permitir analizar su comportamiento de manera muy precisa. A este respecto no se puede olvidar que, como explicó BBR PTE en sus respuestas a la solicitud de información, esta empresa tiene una posición especial en el mercado, con una presencia muy reducida en el “mercado libre” (esto es, las obras fuera de las realizadas por el grupo FCC, al que pertenece BBR PTE), y mayor en las obras que hace para sociedades del grupo. Por ello, para BBR PTE el hecho de que sus rivales conozcan qué obras ha realizado, especialmente dentro del grupo FCC, implica poner a su disposición una información valiosísima y enormemente sensible”*.
5. En su preceptivo informe al recurso, de 30 de agosto de 2010, la DI señala que a la hora de determinar qué datos son confidenciales, en línea con la práctica de la CNC, ha ponderado los principios de transparencia y de deber de secreto de aquellas informaciones que estén protegidas por el secreto comercial (artículos 3.5 y 37.5 d) de la Ley 30/1992), utilizando con carácter interpretativo la definición de secretos comerciales de la Comunicación de la Comisión Europea de acceso al expediente y, asimismo, indica que también ha ponderado si la citada documentación contiene información directamente relacionada con el objeto de la investigación de este expediente sancionador, imputable tanto a la empresa como a otros interesados en este procedimiento.

Teniendo en cuenta todo ello, la DI añade las siguientes consideraciones:

- Se procedió a declarar de oficio confidenciales aquellos documentos que pudieran contener datos de tal carácter por tratarse de secretos comerciales y cuya revelación pudiera causar un perjuicio a la empresa (las cifras de ventas de BBR) y, a sensu contrario, de acuerdo con lo

señalado en el artículo 42 de la LDC y ponderados los principios de transparencia y publicidad, declaró la no confidencialidad de aquellos documentos que no contenían datos que pudieran considerarse secreto comercial de negocio ni información cuyo conocimiento por las restantes partes del expediente pueda causarle un perjuicio, entendiendo que el listado de las obras realizadas por BBR durante los años 2007, 2008 y 2009 no quedaba protegido por el secreto comercial.

- *“el citado listado corresponde a las obras realizadas por BBR PTE durante los años 2007, 2008 y 2009, por lo que se trata de obras ya finalizadas o en todo caso en proceso de ejecución, por lo que no se trata, obviamente, de una información que pueda calificarse de secreto comercial o que pueda asimilarse a los “ejemplos de información que puede considerarse secreto comercial” relacionados en la Comunicación de la Comisión Europea de acceso al expediente antes citada, como tampoco lo es la posición especial en el mercado de BBR PTE, que reconoce en su escrito de recurso, dado que al pertenecer dicha empresa al grupo FCC, la mayor parte de su actividad se refiere a obras para sociedades de dicho grupo”.*
- *“...al contestar el requerimiento de información BBR PTE se reservó el derecho de “designar previamente qué parte de la misma reviste carácter confidencial”, sin aportar versión censurada, y en su recurso se limita a señalar la confidencialidad del listado de las obras realizadas por la empresa a lo largo de los años 2007, 2008 y 2009, y en particular las realizadas dentro del grupo FCC, sin justificar realmente los motivos en que funda su solicitud de confidencialidad o las consecuencias dañosas o vulneradores de derechos que, para el recurrente, determinaría la no confidencialidad del documento en cuestión. Más aún, en el propio recurso la empresa reconoce que “los competidores conocen parte de los proyectos que realiza BBR”, si bien “no disponen de un listado completo”, sin establecer ni justificar cuales de las obras podrían revestir un carácter especial en cuanto a confidencialidad”.*

Como conclusión la DI propone que *“se desestime el recurso en todos sus términos, en la medida en que el acuerdo recurrido en ningún caso produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de la recurrente, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC, pues “considera que el listado de todas las obras realizadas por BBR PTE a lo largo de los años 2007, 2008 y 2009 no contiene información confidencial o suficientemente sensible, sin que ni en la contestación al citado requerimiento de información ni en el recurso interpuesto se haya justificado dicha confidencialidad por la empresa”.*

6. Tras haber tomado vista del expediente el 20 de octubre de 2010, BBR presentó el 4 de noviembre de 2010 una única alegación en la que negaba *“rotundamente”* que los documentos considerados no confidenciales

tuviesen el carácter relevante que la DI les atribuía, pues “*los listados de proyectos y clientes no ponen de manifiesto en modo alguno una infracción de la normativa de defensa de la competencia por parte de BBR-PTE sino, simplemente, muestran información que forma parte de la estrategia comercial de BBR-PTE y su actividad en el mercado*”. En dicha alegación única señala que “*a mayor abundamiento, el apartado 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, los artículos 52, 54 y 57 del Acuerdo EEE y el reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, señala expresamente como ejemplos de información que puede considerarse secreto comercial “los ficheros de clientes”. Y reiteraba lo ya apuntado en el recurso en cuanto a que “consentir el acceso a esta información a los competidores de BBR-PTE le causaría un importante daño a sus intereses debido a su carácter valiosísimo y enormemente sensible” y concluía solicitando “se dicte Resolución por este Consejo revisando el acuerdo de confidencialidad de la Dirección de Investigación de 3 de agosto de 2010, ordenando a la mencionada Autoridad que otorgue tratamiento confidencial a los listados de clientes de BBR-PTE y, especialmente, de los proyectos realizados dentro del Grupo FCC”.*

7. El Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 15 noviembre de 2010
8. Es interesado BBR PRETENSADOS Y TECNICAS ESPECIALES, S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto de la presente Resolución y pretensiones del recurrente

El artículo 47 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*”. Así lo ha hecho BBR. Se trata, por tanto, de verificar si el Acuerdo recurrido reúne las condiciones exigidas para serlo, esto es, que produzca indefensión o perjuicio irreparable al recurrente, lo que conllevaría la estimación del recurso.

En su escrito de recurso BBR no hace referencia en ningún momento al primer requisito, por lo que habría que entender inexistente una posible indefensión que provocase el Acuerdo de 3 de agosto de 2010, de manera que no sería

preciso analizar este supuesto. En cuanto al segundo requisito, BBR no lo expresa de forma explícita en su inicial escrito de recurso, pero sí en el posterior de alegaciones, cuando afirma que la denegación de la confidencialidad pedida para los listados de proyectos y clientes causaría un *“importante daño”* o *“grave perjuicio”* a sus intereses. Por tanto, para la estimación o desestimación del recurso resulta necesario analizar el carácter confidencial de los documentos discutidos y la justificación aportada para confirmar su carácter de secreto comercial, a fin de determinar si existe el perjuicio que exige la norma.

Se analizan seguidamente los argumentos contenidos en el escrito de recurso presentado ante el Consejo.

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

Conforme al artículo 42 LDC, en cualquier momento del procedimiento puede declararse la confidencialidad de documentos, bien de oficio o a instancia de parte. No obstante, que el citado precepto conceda a las partes en el procedimiento la posibilidad de instar la confidencialidad de los documentos incorporados al expediente, ya el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) reconoció al Servicio antecesor de la DI *“una amplia potestad para acordar la confidencialidad de datos y documentos en la fase de instrucción”* (Resolución TDC 16-01-1997), en consideración, precisamente, al perjuicio que puede suponer para las empresas el que sus secretos comerciales y otros datos llegasen a ser conocidos por los competidores parte en el expediente. Pero, habida cuenta que lo que defiende la LDC es un interés público, esa *“amplia potestad”* ha de buscar el equilibrio entre dicho interés y el de las empresas en que sus secretos comerciales sean salvaguardados.

El Consejo de la CNC, en su Resolución de 27 de Octubre de 2008 (R/003/08, Trío Plus) ha venido a confirmar la anterior doctrina al declarar que, si bien *“prima facie el procedimiento administrativo se rige por el principio de publicidad... tal principio no es en modo alguno un principio absoluto por cuanto viene matizado: (a) por la obligación que tiene la parte solicitante de la confidencialidad de motivar tal petición y hacer probanza que los tales documentos «vienen sujetos y afectos a materias protegidas por el secreto comercial o industrial», de ahí que la simple cita conceptual no es requisito suficiente para acceder a su petición: (b) la petición debe valorarse bajo otros principios, igualmente tutelables a la par que contradictorios, cuales son el de tutela de intereses propios y derecho de defensa con el de no producir indefensión, tanto a las otras partes traídas al expediente, como al órgano que debe resolver la materia sujeta a expediente; (c) ello a fin de evitar que el órgano resolutorio pueda convertirse en el iter necesario al que se acojan las partes con fines espurios, especialmente en este concreto campo de la*

competencia «en orden a obtener informaciones de carácter estrictamente reservadas»”.

Como también ha señalado el Consejo de la CNC en la precitada Resolución de 27 de octubre de 2008, “...*la confidencialidad no puede convertirse en un impedimento impediendo para la averiguación de los hechos y la calificación de las conductas, como exigencia de disponer de los conocimientos mínimos y suficientes, imprescindibles, por parte de los terceros de los elementos que fundamentan su solicitud. (...) De ahí que deba ponderarse a la hora de decidir sobre la confidencialidad los principios puestos en juego “atendiendo a las circunstancias de cada concreto caso y siempre motivadamente”.*

*Así lo ha entendido el legislador, al redactar la norma del Artículo 42 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia al incorporar al texto el término conceptual de “**podrá ordenar**”, lo que confiere al órgano resolutorio tal posibilidad, que no es en modo alguno imperativa ”.*

Establecido lo anterior, y a la vista de la información controvertida, consistente en una relación de proyectos en los que BBR ha participado, desglosados por la propia BBR en “*proyectos obtenidos por la empresa en el mercado libre (obras externas)*” y los “*realizados dentro del Grupo FCC*”, cuya denegación de confidencialidad por la DI constituye el objeto del recurso, este Consejo no puede sino estar de acuerdo con el informe de la DI al apreciar que los listados de obra sobre los que se pretende la confidencialidad, carecen del carácter de información comercial sensible que pretende el recurrente, sin que éste haya procedido a fundamentar su petición.

Por un lado, del examen de la documentación sobre la que se solicita confidencialidad no puede concluirse que la información incluida en ellos tenga el carácter de secreto comercial, de acuerdo con las pautas que proporciona la práctica de las autoridades españolas de competencia, así como la Comunicación de la Comisión relativa a las normas de acceso al expediente en los supuestos de aplicación de los artículos 101 (antes 81) y 102 (antes 82) del TCE (2005/C 325/07), donde se incluye la definición de secreto comercial y los criterios a tener en cuenta para aceptar la solicitud de trato confidencial para dicho secreto. La citada Comunicación incluye entre los ejemplos de información susceptible de ser declarada confidencial los “*ficheros de clientes*” como señala el recurrente en su alegación, sin embargo, por las razones que siguen el Consejo no valora que los listados de proyectos en los que la recurrente ha participado en los años 2007, 2008 y 2009, puedan ser considerados “*ficheros de clientes*” a los efectos de ser información comercial sensible. No puede aceptarse que los proyectos de obras ya ejecutadas tengan el mismo valor comercial que un listado actualizado de clientes. BBR, el recurrente, desarrolla su actividad en el ámbito de la construcción de puentes y estructuras especiales, mas concretamente en estructuras que deben ser diseñadas específicamente para cada proyecto en el que participa (puentes,

cubiertas de estaciones de ferrocarril, fachadas tensadas de terminales de aeropuertos,...). Dichos proyectos suelen ser licitados o ser parte de un proyecto que ha sido licitado y, cuya existencia y adjudicación resulta, por tanto, de público conocimiento. Máxime cuando, como en este caso, se trata de proyectos ya ejecutados. Además, no se trata de un producto estándar, donde la lista de clientes pueda ser considerada como un verdadero activo comercial al tratarse de clientes que demandan el mismo bien o producto de manera continuada y, por el hecho de tener acceso a sus datos puedan resultar más fácilmente expugnables. Precisamente por estas especificidades, en el caso que nos ocupa, es habitual que se utilice la participación en el proyecto como forma de prestigiarse y publicitarse, siendo común que en el lugar de la propia obra y durante toda su ejecución se coloquen carteles identificativos de la empresa contratista que está realizando la obra, y de igual forma son las propias empresas, como de hecho hace la recurrente, quienes hacen pública esta información en sus páginas web, o en sus catálogos de publicidad.

Por otro lado, la Comisión es clara en cuanto a la exigencia de que el solicitante de la confidencialidad justifique el carácter de secreto comercial de la información para la que la pide, pues señala expresamente en su apartado 22 que *“Las razones por las que se reivindica que la información es un secreto comercial u otra suerte de información confidencial deberán justificarse”*; justificación que, como ya se ha indicado, el recurrente no ha aportado.

En definitiva, por las razones expuestas anteriormente, no puede decirse que la información declarada no confidencial por la DI tenga el carácter de secreto comercial y que su divulgación dentro del marco del expediente pueda generar un perjuicio grave al recurrente.

A mayor abundamiento, la propia recurrente admite que en el mercado donde desarrolla su actividad existe determinado grado de transparencia, ya sea en el denominado “mercado libre”-donde la propia BBR admite que sus competidores conocen los proyectos que realiza-, o por la pertenencia de determinadas empresas a otros grupos empresariales, como ocurre con BRB respecto a FCC, en cuyos proyectos de construcción participa. Por ello, como manifiesta BBR, no parece probable que los distintos operadores del mercado desconozcan la participación de otros operadores en determinados proyectos u obras. La información controvertida se refiere a la mera exposición de la relación de los proyectos, con ausencia de la correspondiente valoración o facturación (que sí se ha declarado confidencial). De manera que, a falta de una argumentación suficiente que justifique que el conocimiento de dicha información por las restantes partes del expediente pueda causarle un perjuicio significativo, no puede admitirse la solicitud de BBR de confidencialidad para la información en cuestión.

La solicitud de confidencialidad realizada por BBR ha de caracterizarse, por tanto, como una justificación genérica que no puede ser aceptada por este

Consejo. Cabría añadir también que no existe peligro de divulgación de la mencionada información, ya 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.

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

Como se ha argumentado en los Fundamentos precedentes, 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 BBR. 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**

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por D.[...], Director Gerente de BBR PRETENSADOS Y TECNICAS ESPECIALES, S.L. (en adelante, BBR) contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de la CNC (en adelante, DI) de 3 de agosto de 2010 por el que resolvía sobre la solicitud efectuada por BBR mediante escrito de 28 de junio de 2010 relativa a la confidencialidad de determinada información.

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.