

RESOLUCIÓN

(Expte. R/0121/12 MADERAS JOSE SAIZ)

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 7 de febrero de 2013

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Consejero D. Julio Costas Comesaña, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/0121/2012, MADERAS JOSE SAIZ, 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 MADERAS JOSE SAIZ, S.L., contra el Acuerdo de Confidencialidad de la Dirección de Investigación de fecha de 26 de octubre de 2012 en relación a determinada información remitida por MADERAS JOSE SAIZ, S.L. en respuesta a un requerimiento de información solicitado en el ámbito del expediente S/0428/12 PALES.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 26 de octubre de 2012, la Dirección de Investigación (DI) dictó Acuerdo de Confidencialidad en relación a determinada información remitida por MADERAS JOSE SAIZ (en adelante M.J. SAIZ) el 20 de julio de 2012 en respuesta a un requerimiento de información solicitado en el marco del expediente S/0428/12 PALES. En dicho Acuerdo se deniega el carácter confidencial, en particular, a la letra d) del punto 5

(Clientes principales) y al punto 6 (listado de precios) del escrito presentado por M.J. SAIZ.

El 10 de noviembre de 2012 (con fecha de entrada en la CNC de 13 de noviembre) M.J. SAIZ interpuso el recurso previsto en el artículo 47 LDC contra el mencionado Acuerdo de la DI de 26 de octubre de 2012, solicitando al Consejo de la Comisión Nacional de Competencia (CNC) que proceda a estimar el mismo y, consecuentemente, a otorgar el tratamiento confidencial a los documentos anteriormente referidos. La recurrente fundamenta su recurso en la consideración de que tales documentos constituyen secreto comercial, ya que si esa información fuera conocida por sus competidores les facilitaría la posibilidad de estrategias en las ventas. Por ese motivo señala la recurrente el Acuerdo de la DI de 26 de octubre de 2012 es contrario a sus intereses en tanto que puede producirle perjuicios irreparables.

2. Con fecha de 15 de noviembre de 2012, conforme a lo indicado en el artículo 24.1 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.
3. El 20 de noviembre de 2012, la DI emitió el preceptivo informe sobre el recurso interpuesto por M.J.SAIZ. En dicho informe, la DI propone que se desestime el recurso interpuesto, 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.
4. Por Acuerdo del Consejo de la CNC de fecha de 28 de noviembre de 2012, se concede a M.J.SAIZ un plazo de 15 días para formular alegaciones.
5. Mediante escrito interpuesto el 10 de diciembre de 2012, con fecha de entrada en la CNC de 12 de diciembre de 2012, M.J.SAIZ manifestó su deseo de reiterarse en todas las alegaciones formuladas en su escrito de interposición.
6. El Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 6 de febrero de 2013.
7. Es interesada MADERAS JOSE SAIZ, S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

Se promueve el recurso de 10 de noviembre de 2012 (con fecha de entrada en la CNC de 13/11/2012), interpuesto por M.J.SAIZ al amparo del artículo 47 de la LDC, contra el Acuerdo de Confidencialidad de la Dirección de Investigación de fecha de 26 de octubre de 2012 en relación a determinada información remitida por M.J. SAIZ en respuesta a un requerimiento de información solicitado en el ámbito del expediente S/0428/12 PALES.

El artículo 47 de la LDC regula el Recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la Dirección de Investigación disponiendo 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”*.

En su recurso, M.J.SAIZ alega que el Acuerdo de Confidencialidad de la DI de 26 de octubre de 2012 vulnera el artículo 42 LDC al no declarar confidenciales:

- los datos de sus clientes principales en el mercado de pallets de madera entre el año 2005 y el 2007;
- el listado de precios de venta de sus distintos pallets de madera comercializados así como de los precios de los tratamientos térmicos según ISPM15 y con secado artificial realizados en el mismo período de tiempo, entre 2005 y 2007.

Entiende que ello deja de manifiesto una contradicción evidente por parte de la DI, en tanto que ésta ha declarado confidenciales estos mismos datos correspondientes a los ejercicios comprendidos entre 2008 y 2012. Por ello, solicita aclaración en este sentido y para el caso en que los datos relativos al período comprendido entre 2005 y 2007 no se consideraran confidenciales, expone los siguientes argumentos jurídicos:

- Que dichos datos tienen una notoria relevancia para M.J.SAIZ, en la medida en que el conocimiento del listado de su clientela por las empresas competidoras puede favorecer a éstas en el momento de

elaborar planes de atracción de clientes y estrategias en las ventas, al conocer con quién comercializa M.J.SAIZ., razón por la que considera que no ha perdido su carácter de secreto comercial, a pesar de haber transcurrido más de cinco años.

- Que los precios se fijaron mediante negociación con cada uno de los clientes, acordándose un precio individualizado, motivo por el cual estima que dicha información es altamente sensible, ya que de conocerse por sus competidores éstos podrían verse beneficiados en su planificación comercial.

En apoyo de estos argumentos alude a:

- la doctrina de la Audiencia Nacional en orden a definir el carácter “confidencial” de los datos de una empresa,
- el artículo 12 LDC, recordando al Consejo de la CNC que su función es preservar, garantizar y promover la existencia de la competencia efectiva en los mercados. De modo que no otorgando la confidencialidad de los datos solicitados se privilegia a los competidores de la recurrente por parte del garante de esa competencia efectiva.
- el acervo comunitario en materia de defensa de la competencia, donde se destaca la importancia de la fijación de precios y cómo influyen en la sustituibilidad de la demanda comercial.
- a la doctrina del Tribunal Supremo en relación con el conflicto entre el derecho de defensa y el de confidencialidad de la información comercial en el seno de los procedimientos de investigación de competencia, que requiere la ponderación de los datos por parte de las instituciones encargadas del proceso. Entiende que la DI no ha llevado a cabo dicha ponderación.
- Y a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con el alcance de la obligación de secreto en el expediente administrativo, en particular, con las relaciones comerciales y precios de venta de las empresas.

En su informe emitido el 20 de noviembre de 2012 la DI realiza las siguientes observaciones:

- En relación con la presunta contradicción en la que habría incurrido la DI con respecto a la declaración de no confidencialidad, considera que no se produce y que la recurrente puede haber confundido la declaración de confidencialidad del escrito de contestación con la de los anexos a dicho escrito.
- En relación con la no confidencialidad de determinados documentos: haciendo referencia a diferentes Resoluciones del Consejo de la CNC señala que el solicitante de la misma es el que viene obligado a motivar su petición, probar que los documentos vienen sujetos y afectos a materias protegidas por el secreto comercial o industrial y aportar una versión no confidencial. Añade que este principio viene matizado por las circunstancias de cada caso y que debe de existir un equilibrio entre los principios de transparencia y el deber de secreto. Concluye afirmando que, en base a lo anterior, declaró confidenciales los documentos relativos a clientes y precios de los años 2008 a 2012 por entender que su revelación podría ocasionar perjuicio a la empresa y no confidenciales los comprendidos entre 2005 y 2007 por estimar que no eran constitutivos de secreto comercial al tratarse de información que había perdido su carácter confidencial por su antigüedad superior a cinco años. Basa esto último tanto en las Resoluciones mencionadas como en lo dispuesto en la Comunicación de la Comisión Europea relativa a las normas de acceso al expediente.

Por último, la DI hace referencia a que la información contenida en el expediente sancionador sólo es accesible a los interesados y no a terceros y al hecho de que el no declararla confidencial no implica su publicidad, al continuar sometida al deber de secreto establecido en el artículo 43 LDC.

SEGUNDO.- Sobre la declaración de no 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”.

La LDC posibilita, pues, que las partes en un procedimiento puedan instar la confidencialidad de determinados documentos obrantes en el mismo. Ahora bien, ello no constituye un principio absoluto, sino que viene matizado por las

circunstancias de cada caso, como ha señalado en reiteradas ocasiones el Consejo de la CNC [por citar solo las más recientes, Resoluciones del Consejo de 22 de febrero de 2012 (R/0091/11 ESSELTE) y de 3 de febrero de 2012 (R/0087/11, Saneamiento Martínez)]. Esto es, se requiere que el solicitante de la confidencialidad justifique que tales documentos se encuentran “sujetos y afectos a materias protegidas por el secreto comercial o industrial”. Asimismo, ello debe realizarse ponderando otros principios adicionales, igualmente tutelables aunque contradictorios, como son el derecho de defensa de quienes son imputados en el procedimiento y el de no producir indefensión al órgano que debe resolver la materia sujeta a expediente o a terceros interesados.

En consecuencia, la declaración de confidencialidad no es un derecho del recurrente, sino una decisión resultado de valorar los distintos principios en juego, atendiendo a las circunstancias de cada concreto caso y formulada siempre motivadamente.

Como ha señalado este Consejo en diferentes Resoluciones [a título de ejemplo, Resolución del Consejo de 22 de junio de 2011 (R/0070/11, GRAFOPLAS 2)], para evaluar si procede la declaración de confidencialidad de los documentos obrantes en un procedimiento sancionador, es necesario llevar a cabo un triple análisis: 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, a la vista de la información controvertida, este Consejo coincide con la valoración de la Dirección de Investigación en que los datos contenidos en la documentación recabada no entran en el ámbito de la protección que otorga el art. 42 LDC.

Como se ha señalado en los antecedentes de hecho, la Dirección de Investigación en su acuerdo de 26 de octubre de 2012 declaró confidenciales aquellos documentos que contenían datos que podían constituir secretos de negocio para M.J. SAIZ. A sensu contrario, declaró la no confidencialidad de aquellos documentos que habrían perdido dicho carácter confidencial por el transcurso del tiempo.

La Comunicación de la Comisión Europea relativa a las normas de acceso al expediente en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del TCE (2005/C 325/07), señala en su apartado 23, como bien apunta en su informe la DI, que *“La información que haya perdido su importancia comercial, por ejemplo debido al paso del tiempo, ya no podrá considerarse confidencial. Por regla general, la Comisión presume que la información referente al volumen de negocios de las partes y a las ventas, los datos sobre cuotas de mercado y las informaciones similares que tengan más de cinco años han dejado de ser confidenciales”*. Por tanto, el transcurso del tiempo trae consigo el que determinada información que, en un primer momento, podía considerarse confidencial deje de serlo ya que, por su antigüedad, no corresponde a la situación actual de una empresa o sector económico, que se encuentra en constante adaptación a las circunstancias económicas y comerciales del mercado, variables a lo largo del tiempo. La Comunicación de la Comisión presume que un plazo superior a cinco años legitima para considerar no confidenciales determinados datos económicos.

Este mismo argumento ha sido esgrimido por este Consejo en numerosas Resoluciones anteriores, entre otras, como indica la DI, la Resolución del Consejo de la CNC de 16 de septiembre de 2011 (R/0077/11, ENVEL). Es, pues, el transcurso de más de cinco años en los datos de clientes y precios de los años 2005 a 2007 el criterio que justifica que no se considere información confidencial, careciendo por tanto, actualmente, de su posible consideración de secreto comercial, requisito imprescindible para justificar la declaración de confidencialidad. Contra esta presunción el recurrente solo aporta alegaciones de carácter genérico sobre el carácter confidencial que mantiene la información en disputa, sin aportar ninguna clase de prueba, indicio o razonamiento que apoye sus afirmaciones.

En el caso concreto que nos ocupa, el período de cinco años estimado para considerar que la información controvertida ha perdido su carácter de secreto comercial se justifica en diversas razones. La amplitud del periodo impide generar ningún tipo de certeza sobre la estabilidad o no de las estrategias comerciales que la información pueda revelar, máxime si se tiene en cuenta las influencias del entorno y las adaptaciones al mismo que se hayan podido producir. Este hecho lleva a considerar que aquellos datos que, en un primer momento, podían considerarse confidenciales, puedan dejar de tener ese carácter por el paso del tiempo.

Y por último, tal y como indica la DI en su informe, la información contenida en el expediente sancionador, aún la declarada no confidencial, sólo es accesible al reducido círculo de los interesados en dicho expediente, por lo que el hecho de no declarar la confidencialidad pretendida por M.J.SAIZ no significa que estos datos adquieran el carácter de públicos, ya que todos aquellos que tengan acceso a la totalidad de la información contenida en el expediente están sometidos al deber de secreto establecido en el artículo 43 de la LDC.

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

Conforme lo señalado en el artículo 47 LDC, la adopción de una decisión respecto al recurso interpuesto por M.J.SAIZ 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, su desestimación.

I. Ausencia de Indefensión

Respecto a la posible existencia de indefensión, la recurrente no la alega ni en su recurso de 10 de noviembre de 2012 ni en sus alegaciones de 10 de diciembre de 2012.

Remitiéndonos a la doctrina del Tribunal Constitucional reiteradamente expuesta por el Consejo de la CNC, entre otras muchas, en su Resolución de 5 de marzo de 2012 (Expediente R/0094/11, TRANSCALIT) en las que se declara que *"El Tribunal Constitucional tiene establecido que por indefensión ha de entenderse el impedir a una parte en un proceso o procedimiento, toda vez que las garantías consagradas en el artículo 24.1 de la Constitución Española son también aplicables a los procedimientos administrativos sancionadores, el ejercicio del derecho de defensa, privándole de ejercitar su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses"* señalando que *"la indefensión supone una limitación de los medios de defensa producida por la indebida actuación de los órganos correspondientes"*. Es decir, que la indefensión a la que se refiere el artículo 24.1 CE es sólo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa. Estima, por tanto, la Jurisprudencia Constitucional que *"no se da indefensión cuando ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos"* (STC 71/1984, 64/1986).

Analizando las circunstancias del caso resulta evidente que la no declaración de confidencialidad de determinados documentos no ha supuesto la imputación de cargo alguno a la recurrente frente a la cual no haya tenido posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos, por lo que hemos de concluir que se trata de un acto que, per se, no puede producir tal indefensión.

Asimismo, tanto el hecho de que haya podido recurrir el Acuerdo de Confidencialidad de la Dirección de Investigación de fecha de 26 de octubre de 2012 como el que haya podido formular alegaciones al informe de la DI de 20 de noviembre de 2012 ponen de manifiesto que esta CNC no ha tenido, en ningún momento, intención alguna de limitar su derecho de defensa.

A la vista de lo expuesto, no resulta posible apreciar que el Acuerdo de Confidencialidad de la Dirección de Investigación de fecha de 26 de octubre de 2012 ocasione indefensión a M.J.SAIZ.

II. Ausencia de perjuicio irreparable

En cuanto al segundo de los requisitos exigidos por el art. 47 LDC para que pueda prosperar el recurso, esto es, la existencia de un perjuicio irreparable, cabe recordar que el Tribunal Constitucional entiende por perjuicio irreparable *"aquél que provoque que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración"* (ATC 79/2009, de 9 de marzo de 2009).

M.J.SAIZ estima que la no declaración de confidencialidad del apartado d) del punto 5 (Clientes principales) y del punto 6 (listado de precios) de su escrito de 20 de julio de 2012 puede provocarle perjuicio irreparable. Ello lo justifica en la práctica comercial habitual de M.J.SAIZ, consistente en la negociación con sus clientes de los precios de venta, de modo que si esa información fuera conocida por sus competidores les facilitaría la posibilidad de estrategias en las ventas. Considera altamente sensible dicha información en la medida en que los precios los fija mediante negociación individual con cada uno de sus clientes y que su difusión provocará el conocimiento del listado de su clientela por parte de sus competidores, que pueden modificar sus planes comerciales del modo que les resulte más favorable en detrimento de M.J.SAIZ.

En primer lugar, como ya se ha argumentado previamente, la declaración de no confidencialidad sobre unos datos no los convierte en datos públicos, por lo que es poco probable que la información objeto de este expediente sea

difundida. En segundo lugar, el contenido de los documentos cuya confidencialidad pretende el recurrente no revela ni permite deducir la aplicación de condiciones de venta distintas en función del cliente. La información que tales documentos refleja es neutra, no se asocia a clientes particulares ni comprende mejoras o condiciones que hubieran podido aplicarse según los casos. Siendo ello así, la publicidad sobre tales precios no permite deducir revelaciones perjudiciales para el mantenimiento de su clientela por parte de la recurrente. En cualquier caso, la hipotética diferenciación de precios entre clientes que en todo caso revelarían estos datos no deja de ser una práctica comercial habitual, conocida o al menos esperable por los agentes, que, en un mercado competitivo descansa sobre principios económicos racionales, por lo que no se puede apreciar el perjuicio irreparable que le ocasionaría a M.J.SAIZ el que eventualmente sus clientes conociesen una antigua política comercial de una naturaleza común. El mantenimiento de sus clientes dependerá de la política comercial que aplique en la actualidad y del poder de negociación de ambos lados, pero no de los precios aplicados más de cinco años antes.

Se debe insistir también que no existe peligro de divulgación de la mencionada información porque 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.

De este modo, 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 M.J.SAIZ.

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 MADERAS JOSE SAIZ, S.L. contra el Acuerdo de Confidencialidad de la Dirección de Investigación de fecha de 26 de octubre de 2012 en relación con la confidencialidad de determinada información remitida por M.J. SAIZ en respuesta a un requerimiento de información solicitado en el ámbito del expediente S/0428/12 PALES, por no reunir los requisitos establecidos en el artículo 47 de la LDC.

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.

