

RESOLUCIÓN
(Expte. R/0131/13, Palets Joan Martorell 2)

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 18 de abril de 2013

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia, en adelante el Consejo, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Consejero D. Julio Costas Comesaña, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/0131/13, Palets Joan Martorell 2, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por Palets Joan Martorell, S.A. contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de 28 de enero de 2013, que deniega la solicitud de confidencialidad formulada por el interesado, en el ámbito del expediente sancionador S/0428/12, Palés.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 26 de junio de 2012 se llevó a cabo por la Dirección de Investigación (DI) una inspección en la sede de Palets Joan Martorell S.A. (en adelante, Palets J. Martorell), en el ámbito del expediente sancionador S/0428/12, Palés.
2. El 13 de noviembre de 2012 se notificó a Palets J. Martorell el acuerdo de la DI de incorporación al expediente de la documentación en formato electrónico recabada en la inspección realizada el 26 de junio 2012 en la sede de dicha empresa, concediéndole diez días para solicitar y motivar la confidencialidad de la misma, aportando, en su caso, la correspondiente versión censurada.
3. El 19 de noviembre de 2012, Palets J. Martorell solicitó la confidencialidad de dos correos electrónicos, por contener información constitutiva de secreto comercial, aportando las correspondientes versiones censuradas.
4. Por Acuerdo de la DI de 28 de enero de 2013, de acuerdo con lo previsto en el artículo 42 LDC, se declara la no confidencialidad solicitada respecto de los dos correos electrónicos citados, por tratarse de información difundida entre empresas competidoras incoadas en el expediente S/0428/12, Palés.
5. Con fecha 14 de febrero de 2013 (certificado por el servicio de correos el 8 de febrero de 2013) tuvo entrada en la CNC, recurso interpuesto por la representación

de Palets J. Martorell, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 LDC, contra el acuerdo de la DI de 28 de enero de 2013.

6. Con fecha 15 de febrero de 2013, conforme a lo indicado en el artículo 24 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (en adelante, RDC), el Consejo remitió copia del recurso a la DI, para recabar su informe junto con la correspondiente copia del expediente.
7. Con fecha 20 de febrero de 2013, la DI emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido en el punto 5. En dicho informe, la DI considera que procede desestimar el recurso.
8. Con fecha 4 de marzo de 2013 se admitió a trámite el recurso de Palets J. Martorell, concediéndole un plazo de 15 días para que, previo acceso al expediente, pudiera formular alegaciones.
9. Con fecha 11 de marzo de 2013 un representante de Palets J. Martorell tuvo acceso al expediente.
10. El 1 de abril de 2013, tuvo entrada en el registro de la CNC el escrito de alegaciones de la recurrente, que lleva sello de correo administrativo de 22 de marzo de 2013.
11. El Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 17 de abril de 2013.
12. Es interesado en este expediente de recurso Palets J. Martorell, 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 contra el Acuerdo de la DI de 28 de enero de 2013, que deniega la confidencialidad de determinada información recabada en formato electrónico en la inspección realizada el 26 de junio de 2012 en la sede de la empresa Palets J. Martorell, en el ámbito del expediente sancionador S/0428/12, Palés.

El artículo 47 de la Ley 15/2007 regula el recurso administrativo previsto contra las resoluciones y actos dictados por la DI, 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, la recurrente solicita del Consejo que dicte resolución por la que se revoque el acuerdo de la DI y, en su lugar, se dicte una nueva resolución por la que se acceda a la confidencialidad de los correos indicados, por constituir secretos comerciales que no deben ser divulgados a terceros.

La documentación sobre la que se solicita confidencialidad es:

- 1) correo electrónico número 1 (folio 6754), de fecha 25 de febrero de 2010, remitido por el responsable de palés de la Dirección Comercial de la empresa

Serradora Boix, S.L. al jefe de ventas de Palets J. Martorell, con el asunto “preus palets”, relativo a los precios de los palés, las características técnicas y la capacidad de transporte de Serradora Boix;

- 2) correo electrónico número 3 (folio 6785), de fecha 16 de abril de 2010, remitido por el jefe de ventas de Palets J. Martorell al responsable de palés de la Dirección Comercial de la empresa Serradora Boix, S.L., con el asunto “preus palets SCHUTZ”, relativo a información sobre un cliente de Palets J. Martorell y los precios que Serradora Boix debía ofertarle.

En sus alegaciones de 1 de abril de 2013, la recurrente completa los motivos del recurso interpuesto el 8 de febrero de 2013 y justifica su pretensión en las siguientes alegaciones:

- De la doctrina derivada tanto de la *Comunicación de la Comisión relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE* (DOCE de 22 de diciembre de 2005) como de previas resoluciones de la CNC, se desprende que la información referente a precios de productos, el volumen de negocios de las partes y a las ventas o similares de antigüedad inferior a cinco años, son secreto comercial.
- No se ha producido una *divulgación* de la información discutida que haya hecho que pierda su carácter confidencial. Lo único que se habría producido es un intercambio de información en el marco de las legítimas relaciones comerciales entre dos competidores que se sitúan, en el marco de una concreta relación comercial, en planos distintos de la cadena de producción o distribución, sin que tal intercambio de información tenga fines anticompetitivos.
- No puede exigirse a la ahora recurrente que justifique las razones del intercambio de información confidencial con un competidor antes de que conozca cuáles son las conductas anticompetitivas que se le atribuyen, puesto que ello vulnera sus derechos de defensa y la presunción de inocencia.
- Corresponde a la DI la carga de probar el carácter anticompetitivo del intercambio de información respecto de los correos controvertidos y, con ello, la pérdida de su carácter confidencial.
- No se puede considerar que la información cuya confidencialidad se solicita forme parte del objeto de investigación del expediente S/0428/12, Palés, por cuanto todavía no se ha formulado el Pliego de Concreción de Hechos que identifique el objeto de la investigación y la eventual imputación.

En su informe, emitido el 20 de febrero de 2013, la DI propone la desestimación del recurso de 8 de febrero de 2013, por no haberse producido indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de la empresa recurrente.

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 derecho absoluto, sino que viene matizado por las circunstancias de cada caso, como ha señalado en reiteradas ocasiones el Consejo [por citar algunas recientes, entre otras, 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.

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 afirmado la Audiencia Nacional en su sentencia de 2 de diciembre de 2011 *“El concepto “confidencial” es un concepto jurídico indeterminado por lo que hay que atender a las circunstancias del caso concreto para determinar si una información tiene o no ese carácter.”*

Corresponde pues, con carácter previo, analizar cada uno de los documentos cuyo carácter confidencial la recurrente alega, para determinar si se da o no tal condición confidencial, conforme al triple examen que este Consejo viene aplicando en sucesivas resoluciones (a título de ejemplo, las Resoluciones del Consejo de 22 de junio de 2011, Expte. R/0070/11, GRAFOPLAS 2 y de 7 de febrero de 2013, Expte. R/0120/12 AGLOLAK). Tal examen tiene por objeto determinar, en primer lugar, si se trata efectivamente de secretos comerciales; en segundo lugar, si la documentación originariamente secreto comercial, en su caso, ha tenido difusión entre terceros, perdiendo así su carácter de secreto comercial y, en tercer lugar, si tratándose de secretos comerciales que no han tenido difusión entre terceros, pese a todo son necesarios para fijar los hechos objeto del procedimiento y para garantizar el derecho de defensa de los imputados.

En su recurso, Palets J. Martorell no niega que la información haya sido difundida entre terceros sino que afirma que dicha difusión se ha limitado a una única empresa y tiene carácter legítimo. Señala, respecto de los documentos sobre cuya confidencialidad se discute, que *“la información, aunque remitida a otra empresa que es parte del presente procedimiento, fue intercambiada por motivos que (i) en modo alguno pueden considerarse anticompetitivos, (ii) en su día se expondrán oportunamente y (iii) en todo caso, la CNC no ha tenido todavía oportunidad de desvirtuar.”* También indica la recurrente que *“No se ha probado por el momento conducta anticompetitiva alguna ni esta parte ha tenido oportunidad de exponer sus argumentos [...]”*.

Asimismo, la recurrente alega en su escrito de 22 de marzo de 2013 que la información controvertida *“se ha intercambiado en el marco de las relaciones comerciales que*

tienen ambas empresas (como se sabe, empresas activas en un mismo mercado pueden tener entre sí, relaciones comerciales de carácter vertical sin que por tanto toda transmisión de datos sobre, por ejemplo, precios resulte anticompetitiva)”, que “el reiterado intercambio de información se produjo dentro de la legal relación comercial entre Boix y P.J. Martorell” y que “no necesariamente todo intercambio de información sobre precios entre empresas obedece a un fin anticompetitivo, en particular, cuando las dos empresas se sitúan, en el marco de una concreta relación comercial, en planos distintos de la cadena de producción o distribución.”

El objeto del expediente S/0428/12, Palés es la verificación de la concurrencia o no de una posible conducta anticompetitiva, que consistiría en la adopción entre competidores de acuerdos para la fijación de precios y determinadas condiciones comerciales, así como en intercambios de información comercial sensible, en el mercado español de palés de madera, prohibida en el artículo 1 de la LDC y en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Del recurso interpuesto y de las alegaciones formuladas por la recurrente se deduce que los documentos electrónicos controvertidos se encuentran incluidos, sin margen de duda, en el objeto del procedimiento, al constituir la manifestación de un intercambio directo de información estratégica referida a precios y clientes entre dos competidores en el mercado. Los datos intercambiados –precios de los palés, características técnicas e información sobre la oferta a realizar a un cliente–, constituyen información necesaria para fijar los hechos objeto del expediente sancionador S/0428/12, y cuyo conocimiento por las empresas incoadas es preciso para garantizar su derecho de defensa.

En el caso concreto de los dos correos controvertidos, incluso en el supuesto de admitirse a efectos exclusivamente argumentativos la posición más beneficiosa para el recurrente, de que se trate de secretos comerciales en su origen y que no han tenido difusión entre terceros, parece evidente que es en todo caso de información necesaria para fijar los hechos objeto del procedimiento y para garantizar el derecho de defensa de los imputados, puesto que constituyen la manifestación de un intercambio directo de información entre dos empresas que, como la propia recurrente reconoce, actúan habitualmente competidores en el mercado.

Este Consejo no puede valorar en el presente recurso si existen circunstancias comerciales que justifiquen el intercambio entre competidores de información sensible y estratégica relativa a clientes de Palets J. Martorell y precios unitarios de palés, pero debe permitir que esta empresa (y el resto de las incoadas en el expediente), en el debido momento procesal, pueda exponer los motivos legítimos y no anticompetitivos que explicarían tal intercambio con base a motivaciones lícitas. Igualmente debe permitir que continúe la investigación de la DI, de forma que el órgano instructor pueda acreditar o desestimar una posible armonización de estrategias comerciales para mejorar, de manera concertada, la posición negociadora frente a los clientes (véase, en tal sentido, Resolución de 24 de junio de 2011, Expte. S/0185/09 Bombas de fluidos). Para que tanto la actividad de investigación de la DI como la estrategia de defensa de las partes sea posible resulta imprescindible que la documentación controvertida se incorpore al expediente en su versión no censurada.

Como afirma la Comunicación de la Comisión relativo a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, en su párrafo 24. *“En los procedimientos de conformidad con los artículos 81 y 82 del Tratado, el hecho de que una información se considere confidencial no será óbice para su revelación si tal información es necesaria para probar una presunta infracción (“documento incriminatorio”) o puede ser necesaria para exculpar a una parte (“documento exculpatorio”). En este caso, la necesidad de salvaguardar los derechos de defensa de las partes permitiendo el mayor acceso posible al expediente de la Comisión puede ser superior al interés de proteger la información confidencial de otras partes”.*

Al margen de lo expuesto debe recordarse asimismo que, en el presente recurso, P.J. Martorell no ha aportado indicio alguno del supuesto perjuicio económico que le causaría la divulgación entre las partes interesadas en el expediente sancionador de la información discutida, única causa que podría motivar la confidencialidad de la misma bajo el amparo del secreto comercial. La recurrente se ha limitado a realizar alegaciones de carácter genérico sobre el carácter confidencial de tal información y a una pretendida justificación no anticompetitiva para tal intercambio, que sin embargo no expone siquiera someramente.

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 DI de que los datos contenidos en la documentación en formato electrónico recabada en la inspección realizada el 26 de junio de 2012 en la sede de la empresa recurrente no entran en el ámbito de la protección que otorga el art. 42 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 Palets J. Martorell 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, aunque la recurrente no la invoca directamente ni en su recurso de 8 de febrero de 2013 ni en sus alegaciones de 22 de marzo de 2013, sí afirma que la pretensión por parte de la DI de que se den explicaciones sobre dicho intercambio *“antes de conocer siquiera cuáles son las conductas anticompetitivas que se le atribuyen”*, vulneraría sus derechos de defensa y la presunción de inocencia.

Este Consejo no puede compartir tal argumentación, puesto que no se trata de que se exija a la recurrente que ejercite ahora su derecho de defensa respecto de una infracción cuya existencia todavía no ha sido concretada por la DI, sino de que el expediente contenga todos los datos necesarios para la fijación de los hechos objeto del expediente que permitan garantizar el derecho de defensa de las partes incoadas en el mismo, en especial si la DI estimara acreditada la conducta que se investiga y emitiera el correspondiente Pliego de Concreción de Hechos.

Al contrario de lo alegado por la recurrente, este Consejo considera que la no declaración de confidencialidad de los documentos discutidos no sólo no genera ninguna indefensión a Palets J. Martorell, sino que posibilita que en un futuro ésta pueda formular las explicaciones que sean oportunas sobre la lícita naturaleza del intercambio de los correos electrónicos controvertidos.

En todo caso, resulta equívoco vincular estrictamente la existencia de un Pliego de Concreción de Hechos con el conocimiento de las conductas anticompetitivas que se atribuyen al recurrente, dado que desde que le fue comunicada la propia Orden de Investigación que amparó la inspección llevada a cabo el 26 de junio de 2012 y en la que se recabaron los correos electrónicos sobre cuya confidencialidad se discute, disponía ya de los elementos suficientes para conocer la clase de conductas investigadas en el expediente sancionador.

Es preciso remitirnos a la doctrina del Tribunal Constitucional reiteradamente expuesta por el Consejo, 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 aquélla 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 28 de enero de 2013 como el que haya podido formular alegaciones al informe de la DI de 20 de febrero de 2013 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 28 de enero de 2013 ocasionase indefensión a Palets J. Martorell.

II.- Ausencia de perjuicio irreparable.

La recurrente identifica expresamente –tanto en su escrito de recurso inicial como en sus alegaciones posteriores– los motivos en los que basa su recurso con el perjuicio irreparable previsto en el artículo 47 de la LDC como causa de impugnación de los

actos de la DI. Considera la recurrente que la divulgación de la información cuya declaración de confidencialidad solicita le causaría un perjuicio grave ya que sus competidores conocerían sus precios unitarios y su listado de clientes, lo que podría dañar su estrategia comercial.

El artículo 47 de la Ley 15/2007 establece que serán recurribles ante el Consejo de la CNC *"Las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan (...) perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos"*. A este respecto 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).

Este Consejo coincide con la valoración de la DI en el sentido de que Pallets J. Martorell no ha especificado ni concretado suficientemente el perjuicio económico que le causaría la divulgación entre las partes del expediente de información remitida por una empresa directamente competidora y que versa sobre los precios de los palés de tal empresa. Este Consejo, asimismo, entiende que esa información y la relativa a un cliente de Pallets Joan Martorell y los precios unitarios de palés que un competidor directo debe ofertar a tal cliente es información relevante para la correcta tramitación y resolución del expediente, bien en el sentido de coadyuvar a la declaración de la existencia de una infracción o bien, en el sentido contrario, de permitir alcanzar la conclusión de que no existe comportamiento infractor alguno.

Finalmente cabe recordar, en todo caso, que no existe peligro de divulgación de la información recabada durante la inspección y cuya declaración confidencial la recurrente solicita, puesto 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.

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 Palets J. Martorell, S.A., contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de 28 de enero de 2013, que deniega parcialmente la solicitud de confidencialidad formulada por el interesado, en el ámbito del expediente sancionador S/0428/12, Palés.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese al interesado, 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.