

RESOLUCIÓN

(Expte. R/0145/13, CARTONAJES SANTORROMÁN)

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 septiembre de 2013

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia, 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/0145/13, CARTONAJES SANTORROMÁN, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por CARTONAJES SANTORROMÁN, S.A. (en adelante, CARTONAJES SANTORROMÁN) contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación (DI) de 1 de julio de 2013 por el que se deniega la confidencialidad de determinados documentos, en el marco del expediente S/0469/13.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Los días 10 y 11 de junio de 2013 se llevó a cabo por la Dirección de Investigación (DI) una inspección en la sede social de CARTONAJES SANTORROMÁN, en el ámbito del expediente sancionador S/0469/13.
2. El 31 de mayo de 2013, CARTONAJES SANTORROMÁN solicitó a la DI la confidencialidad de una serie de documentos recabados en la inspección domiciliaria que se habían incorporado al expediente.
3. Con fecha de 1 de julio de 2013, la DI acordó resolver sobre la confidencialidad de los datos y documentación para los que CARTONAJES SANTORROMÁN había solicitado la confidencialidad, aceptando parcialmente la confidencialidad solicitada con las siguientes salvedades: (i) Folios 1371 a 1375 y 1383 a 1386, por tratarse de información relacionada con la asociación AFCO en la que se comparten datos sectoriales de carácter general que no se pueden incluir dentro de ninguna estrategia comercial de la empresa ni tampoco se incluyen comunicaciones privadas que tengan que ver con la intimidad de las personas; (ii) Folios 1378 a 1380 por no tratarse de información estratégica comercial y considerarse relevante para el esclarecimiento de los hechos; y (iii) Folio 1382, en el que se acepta la confidencialidad sobre los datos de clientes. El Acuerdo de la DI fue notificado a CARTONAJES SANTORROMÁN el 3 de julio de 2013.

4. Con fecha 8 de julio de 2013 tuvo entrada en la CNC recurso interpuesto por CARTONAJES SANTORROMÁN de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 LDC contra el Acuerdo de la DI de 1 de julio de 2013.
5. Con fecha 15 de julio de 2013, conforme a lo indicado en el artículo 24.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (en adelante, RDC), el Consejo de la CNC solicitó a la DI antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto.
6. El 24 de julio de 2013, la DI emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido en el punto 5. En dicho informe, la DI considera que procede mantener el contenido de su Acuerdo de 1 de julio de 2013 y, por tanto, desestimar el recurso interpuesto por CARTONAJES SANTORROMÁN.
7. Con fecha 30 de julio de 2013 se admitió a trámite el recurso de CARTONAJES SANTORROMÁN concediéndole un plazo de 15 días para que, previo acceso al expediente, pudiera formular alegaciones.
8. CARTONAJES SANTORROMÁN presentó escrito de 12 de agosto de 2013 de alegaciones al informe de la DI, con correo administrativo de 13 de agosto de 2013 y entrada en la CNC el 16 de agosto de 2013.
9. El Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 18 de septiembre de 2013.
10. Es interesada CARTONAJES SANTORROMÁN, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

Se promueve el presente recurso al amparo del artículo 47 de la Ley 15/2007 contra el Acuerdo de la DI de 1 de julio de 2013, por el que se resuelve sobre la confidencialidad de los datos y documentación para los que CARTONAJES SANTORROMÁN había solicitado la confidencialidad el 31 de mayo de 2013, en el marco del expediente sancionador S/0469/13.

El artículo 47 de la Ley 15/2007 regula el recurso administrativo 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, CARTONAJES SANTORROMÁN solicita al Consejo de la CNC que otorgue el tratamiento confidencial a los folios 1378, 1379 y 1380 a los que se refiere el Acuerdo de la DI de 1 de julio de 2013.

Señala que se trata de información confidencial en tanto que contiene una valoración subjetiva de las empresas del sector que son competencia de CARTONAJES SANTORROMÁN que ésta utiliza para establecer su estrategia comercial.

Asimismo, CARTONAJES SANTORROMÁN afirma que la confidencialidad de un documento no requiere necesariamente que se trate de información estratégica comercial. Y estima que éste es el motivo por el que la valoración de una empresa por otra de la competencia debe tener carácter confidencial, pues su conocimiento por terceros podría tener repercusiones de indudable trascendencia.

Por último, manifiesta que su carácter de información relevante para el esclarecimiento de los hechos no afecta a su declaración como confidenciales, en tanto que la confidencialidad lo es respecto a terceros y no respecto del instructor ni del órgano competente para resolver.

En su informe emitido el 1 de julio de 2013, la DI considera que el recurso debe ser **desestimado** dado que: (i) La información discutida no constituye secreto comercial ni su conocimiento por otros puede causar perjuicio a la recurrente en tanto que no incluye información estratégica ni secretos comerciales de CARTONAJES SANTORROMÁN, sino valoraciones subjetivas de sus competidores; (ii) La Comunicación de la Comisión Europea sobre normas de acceso al expediente (en adelante, la Comunicación de la Comisión) no incluye como otra información que cabe declarar confidencial la información comercial de una empresa que obra en poder de su competidor; (iii) La recurrente no ha concretado ni justificado los perjuicios irreparables que podría causarle el conocimiento por terceros de la información controvertida ni las repercusiones de indudable trascendencia que su publicidad podría conllevar; (iv) Dicha información es relevante para determinar la existencia de una presunta infracción del derecho de la competencia en los mercados objeto de investigación en el expediente sancionador S/0469/13 y (v) El desconocimiento de estos datos por el resto de interesados podría generar indefensión a los mismos.

SEGUNDO.- Sobre la confidencialidad de los folios 1378, 1379 y 1380.

Establece el artículo 42 de la LDC que *“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 solicitar la confidencialidad de determinada información obrante en el mismo. Sin embargo, ello no constituye un principio absoluto, sino que viene matizado por las circunstancias de cada caso. Así lo establece la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de diciembre de 2011 cuando hace alusión a que *“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”*. Y así ha sido señalado reiteradamente por el Consejo de la CNC en sus Resoluciones, por todas, la de 18 de abril de 2013 (R/0135/12, SERRADORA BOIX), que especifica que *“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”* y añade *“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”.

Por tanto, no basta la simple cita al “secreto comercial” para acceder a una petición de confidencialidad. Ni tampoco la declaración de confidencialidad constituye un derecho para la recurrente sino que se trata de una decisión de este organismo resultado de valorar los distintos principios en juego, atendiendo a las circunstancias de este caso y formulada motivadamente.

De este modo, para realizar una evaluación sobre la confidencialidad o no de unos concretos documentos en el marco de un procedimiento sancionador, es preciso llevar a cabo un triple examen, tal y como este Consejo ha señalado en Resoluciones anteriores (por todas y citando otros precedentes, la Resolución de 10 de mayo de 2013, R/0134/13 T.M.E. CONTRATOS DE PERMANENCIA). En primer lugar, determinar si se trata de secretos comerciales, en segundo lugar, si tratándose de secretos comerciales, éstos han tenido difusión entre terceros 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.

Corresponde, pues, analizar la documentación cuyo carácter confidencial se alega con el fin de determinar o no su carácter confidencial, de acuerdo con el triple examen descrito.

El apartado 18 de la Comunicación de la Comisión señala expresamente que: *“Cuando la divulgación de información sobre la actividad económica de una empresa pueda causarle un perjuicio grave, dicha información tendrá carácter de secreto comercial. Como ejemplos de información que puede considerarse secreto comercial cabe citar la información técnica y/o financiera relativa a los conocimientos técnicos de una empresa, los métodos de evaluación de costes, los secretos y procesos de producción, las fuentes de suministro, las cantidades producidas y vendidas, las cuotas de mercado, los ficheros de clientes y distribuidores, la estrategia comercial, la estructura de costes y precios y la estrategia de ventas.”* Como ya se ha señalado, a la hora de solicitar la confidencialidad de un documento no es suficiente con la mera referencia a *“repercusiones de indudable trascendencia”*, es necesario concretar las mismas para poder discernir motivadamente sobre el perjuicio grave que le pudiera causar. Señala al respecto el apartado 22 de la Comunicación de la Comisión que *“Las razones por las que se reivindica que la información es un secreto comercial u otra suerte de información confidencial deberán justificarse”*. La recurrente incluso considera que *“las posibles repercusiones comerciales o/y personales que su conocimiento pueda conllevar [...] no deja de ser una opinión subjetiva”*. Resulta revelador que no considere que dichas repercusiones tienen carácter objetivo, pues está reconociendo abiertamente que, en caso de que las mismas se dieran, en sí mismas no tendrían sustantividad propia en tanto que *“opinión subjetiva”*.

Es más, en su recurso, CARTONAJES SANTORROMÁN alude a que los documentos objeto de controversia contienen valoraciones o análisis de las empresas que son su competencia para *“diseñar su estrategia comercial”*. Es decir, CARTONAJES

SANTORROMÁN está asumiendo que esos documentos no constituyen propiamente su estrategia comercial, considerada por el apartado 18 de la Comunicación de la Comisión como tipo de información que puede considerarse secreto comercial, sino que se sirve de esos datos para elaborar aquélla, por lo que queda de manifiesto que carecen de naturaleza estratégica. Incluso la propia recurrente reconoce implícitamente este extremo cuando afirma que *“la confidencialidad de un documento no necesariamente requiere que se trate de información estratégica comercial”*.

Si, además, tenemos en cuenta que los folios discutidos contienen datos muy generales sobre los competidores de CARTONAJES SANTORROMÁN como su denominación y ubicación, sus matrices, si disponen de varias fábricas y la apreciación subjetiva de CARTONAJES SANTORROMÁN sobre la calidad de los productos de sus competidores y sus precios, este Consejo entiende que se trata de información accesible a cualquier competidor del sector de referencia en su labor de investigación y seguimiento del mercado. Y, en tanto que accesible, es previsible que esté disponible en el mismo, incluso a través de los clientes que se suministran simultáneamente de varios operadores, como señala la DI. Por ello, y en base a lo dispuesto en el apartado 23 de la Comunicación de la Comisión que indica que *“No se considerará, en principio, confidencial la información relativa a una empresa que ya se conozca fuera de la empresa”*, no cumple tampoco con el segundo de los requisitos para poder considerar un documento susceptible de protección confidencial.

Pero es que hay que añadir que dicha información no es información comercial propia de CARTONAJES SANTORROMÁN sino de sus competidores. En la Resolución de 27 de enero de 2011, expediente R/0058/10, CTT STRONGHOLD 2, se hace hincapié en que *“la confidencialidad regulada en el art. 42 LDC pretende proteger, entre otros aspectos, los secretos comerciales propios de una empresa pero no, salvo una explicación razonable de su origen, la información comercial de empresas competidoras en poder de la empresa privada”*. En este caso CARTONAJES SANTORROMÁN se limita a señalar que *“La simple valoración de una empresa por otra de la competencia, en aspectos como calidad del servicio, de su producto, etc. entiende esta parte debe tener el carácter confidencial, porque su conocimiento por terceros podría tener repercusiones de indudable trascendencia”*, pero no razona un origen confidencial de la misma ni tampoco justifica cuáles son dichas repercusiones de especial trascendencia, por lo que este Consejo considera que no puede gozar del privilegio que otorga el artículo 42 LDC.

Por otra parte, dado que entre los competidores de la recurrente mencionados en los folios objeto de controversia se encuentran muchas de las empresas que han sido incoadas en el expediente S/0469/13 y que la DI entiende que *“estos datos unidos a otros pueden ayudar a comprender modos y formas de actuación para la venta de los productos, cuestiones relevantes para evaluar las distintas relaciones entre competidores y, en conjunción con el resto de documentación obrante, su posible incidencia en las conductas anticompetitivas objeto de análisis”*, este Consejo considera que los folios 1378, 1379 y 1380, además de no conformar información comercial reservada, constituyen información relevante para que el instructor pueda determinar si existe o no infracción del derecho de la competencia.

Señala la recurrente al respecto que *“el hecho de que dichos documentos contengan información relevante para el esclarecimiento de los hechos, como pretende justificar la Subdirectora para declarar dichos documentos confidenciales, no afecta, a juicio de esta parte a su declaración como confidenciales”*. En este caso ya se ha afirmado que la documentación discutida no constituye secreto comercial, pero es que incluso tratándose de secreto comercial, el apartado 24 de la Comunicación de la Comisión permitiría no tratarla como confidencial si fuera necesaria para dilucidar si se ha infringido o no el derecho de la competencia. Así lo establece dicho apartado cuando señala que *“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”).”*

De acuerdo con las consideraciones expuestas sobre la dimensión de la confidencialidad con carácter general y a la vista de la información recurrida, este Consejo coincide con la valoración de la DI en cuanto que los datos contenidos en la documentación recabada en la inspección llevada a cabo los días 10 y 11 de abril de 2013 y que la recurrente discute, no entran dentro del ámbito de protección que otorga el artículo 42 de la LDC, al no poderse calificar como secreto comercial por tratarse de información sobre la política comercial de otras empresas competidoras e incoadas en el expediente y no de la propia CARTONAJES SANTORROMÁN.

TERCERO.- Sobre los requisitos del artículo 47 de la LDC: Ausencia de perjuicio irreparable o indefensión.

El mencionado artículo 47 LDC sólo permite interponer el recurso administrativo en él regulado contra aquellos actos de la DI que *“produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos”*, de forma que la ausencia de ambos requisitos debe determinar la inadmisión del recurso sin que proceda examinar las concretas alegaciones en que se funda.

a) Ausencia de indefensión por no mantener el carácter confidencial de los folios 1378, 1379 y 1380.

La recurrente no alega ni en su recurso de 8 de julio de 2013 ni en sus alegaciones al informe de la DI de 13 de agosto de 2013 vulneración de su derecho de defensa.

Cabe a este respecto hacer remisión a la doctrina del Tribunal Constitucional reiteradamente expuesta por el Consejo de la CNC, entre otras muchas, en Resolución de 7 de febrero de 2013 (Expediente R/0120/12, AGLOLAK) en la 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).

El hecho de que CARTONAJES SANTORROMÁN haya podido presentar el presente recurso y presentar alegaciones al informe de la DI en el seno del mismo, ponen de manifiesto que esta CNC no ha tenido, en ningún momento, intención alguna de limitar su derecho de defensa y que, por tanto, CARTONAJES SANTORROMÁN ha podido defenderse en términos reales y efectivos.

A la vista de lo expuesto, no resulta posible apreciar que el Acuerdo de la DI de 1 de julio de 2013 ocasione indefensión a CARTONAJES SANTORROMÁN.

b) Ausencia de perjuicio irreparable por no mantener el carácter confidencial de los folios 1378, 1379 y 1380.

La recurrente menciona expresamente como motivo de su recurso el perjuicio irreparable que le causaría la difusión de la información controvertida.

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).

CARTONAJES SANTORROMÁN no aclara ni en su recurso ni en las alegaciones al informe de la DI qué perjuicio grave podría causarle la divulgación de dicha información. Se limita a afirmar que *"su conocimiento por terceros podría tener repercusiones de indudable trascendencia"*. Pero la recurrente no concreta qué repercusiones son éstas ni cuál sería su trascendencia. Es más, en sus alegaciones al informe de la DI reconoce que *"se desconoce las repercusiones que el conocimiento por terceros de esos documentos pueda conllevar"*.

Como se ha anticipado en el fundamento anterior la simple referencia a *"repercusiones de indudable trascendencia"* no es suficiente para acceder a una petición de confidencialidad. Por el contrario, es la existencia de un perjuicio - el daño que se produciría en caso de que se divulgara- lo que convierte a determinada información en "secreto comercial" u "otra información confidencial" y obliga a la autoridad de competencia a declarar dicho carácter secreto o confidencial, salvo ponderación de otros intereses o derechos en juego. Así se desprende claramente de la lectura de la Comunicación de la Comisión en sus párrafos 18 y 19:

"(18) Cuando la divulgación de información sobre la actividad económica de una empresa pueda causarle un perjuicio grave, dicha información tendrá carácter de secreto comercial (...)

(19) La categoría «otra información confidencial» incluye información distinta de los secretos comerciales que pueda considerarse confidencial en la medida en que su revelación perjudicaría significativamente a una persona o empresa. (...)

Como expone el apartado 22 de la misma Comunicación (y los posteriores 35 o 37) este perjuicio grave o significativo no se presupone y debe acreditarse, justificarse o

argumentarse suficientemente para que la información sea declarada confidencial, como se señaló en el fundamento de derecho segundo.

Como se ha expuesto en dicho fundamento la información sobre la que CARTONAJES SANTORROMÁN reclama confidencialidad no goza de la protección que otorga el artículo 42 LDC al tratarse de información que no tiene carácter de secreto comercial, que es fácilmente accesible a terceros, que no es propia de CARTONAJES SANTORROMÁN sino de sus competidores y que es relevante para la determinación de la existencia o no de infracción del derecho de la competencia. Debido a ello ningún perjuicio para la posición competitiva, el poder de negociación o la estrategia comercial de CARTONAJES SANTORROMÁN puede derivarse de su inclusión en el expediente como información no confidencial.

A la vista de lo expuesto, no resulta posible apreciar que el Acuerdo de la DI de 1 de julio de 2013, en el que se fundamenta el presente recurso, cause perjuicio irreparable a los derechos e intereses de CARTONAJES SANTORROMÁN.

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 CARTONAJES SANTORROMÁN contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de 1 de julio de 2013, en el seno del expediente S/0469/13.

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.