

RESOLUCIÓN

(Expte. R/0146/13, LANTERO CARTÓN)

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 19 de septiembre de 2013

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia, con la composición expresada y siendo Ponente el Consejero D. Julio Costas Comesaña, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/0146/13, LANTERO CARTÓN, 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 por LANTERO CARTÓN S.L., contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de 5 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. El 13 de mayo de 2013, la Dirección de Investigación (DI) de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) notificó a LANTERO CARTÓN, S.L. (LANTERO) la incorporación al expediente S/0469/13 Fabricantes de papel y de cartón ondulado de determinada documentación recabada durante la inspección llevada a cabo por los funcionarios de la CNC los días 10 y 11 de abril de 2013 en la sede de la empresa.
2. El 24 de mayo de 2013, LANTERO presentó escrito ante la CNC solicitando: (i) la confidencialidad para todas las partes del expediente, salvo para SAICA, de notas referidas a reuniones y conversaciones telefónicas mantenidas entre LANTERO y SAICA; (ii) la confidencialidad para todas las partes del expediente, salvo para EUROPAC, de notas referentes a reuniones mantenidas entre LANTERO y EUROPAC; (iii) la confidencialidad para todas las partes del expediente de la documentación interna sobre aprovisionamiento y (iv) la confidencialidad para todas las partes del expediente de la documentación interna sobre clientes y política comercial.
3. El 5 de julio de 2013, la DI dictó Acuerdo por el que aceptaba parcialmente la confidencialidad solicitada por LANTERO.

4. Con fecha de 17 de julio de 2013 y entrada en la CNC el mismo día, la representación legal de LANTERO presentó escrito de recurso de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) contra el Acuerdo de la DI de 5 de julio de 2013, anteriormente citado.
5. Con fecha 18 de julio de 2013, conforme a lo indicado en el artículo 24 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, el Consejo de la CNC remitió copia del recurso a la DI, para recabar su informe junto con la correspondiente copia del expediente.
6. Con fecha 29 de julio de 2013, la DI emitió el preceptivo informe sobre el recurso anteriormente señalado concluyendo que procedía la desestimación del mismo, dada la pérdida del carácter confidencial, por su antigüedad, de la mayor parte de la documentación y, para un grupo menor de documentos, su valor relevante para el esclarecimiento de los hechos a investigar.
7. Con fecha 30 de julio de 2013 se admitió a trámite el recurso interpuesto concediendo a la recurrente un plazo de 15 días para que, previo acceso al expediente, pudiera formular alegaciones.
8. El 30 de agosto tuvo entrada en la CNC escrito de alegaciones al informe de la DI de la representación de LANTERO.
9. El Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 18 de septiembre de 2013.
10. Es interesada en este expediente de recurso LANTERO CARTÓN, S.L.

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 LDC contra el Acuerdo de la DI de 5 de julio de 2013 por el que se deniega a LANTERO la confidencialidad de determinados documentos para los que la misma se había solicitado.

El artículo 47 de la LDC 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 de 17 de julio de 2013 la recurrente alega su disconformidad con el Acuerdo de la DI de 5 de julio de 2013 por los siguientes motivos:

- En relación con los folios del Grupo I¹ solicita tratamiento confidencial para todas las partes del expediente salvo para SAICA y que se acepte la versión no

¹ Folios: 832 a 837; 842 a 844; 853 a 857; 860 a 883; 885 a 887; 892 a 912; 916 a 919; 983 a 991; 993; 1001 a 1004; 1016 a 1033; 1047 a 1076; 1086 a 1095, 1100; 1101; 1112; 1113; 1123; 1132 a 1136; 1139 a 1188; 1236; 1249; 1252 a 1253; 1256 a 1259; 1261 a 1265.

confidencial para SAICA de varios folios². Alega que, independientemente de su antigüedad, la estructura del mercado no ha variado desde la fecha de redacción de esas notas y que las mismas constituyen información confidencial en tanto que revelan la forma en la que negocia y se relaciona con su proveedor principal. Asimismo, considera que, de conocerse por sus competidores, perjudicaría gravemente sus intereses.

- Con respecto al folio 1242, solicita tratamiento confidencial para todas las partes del expediente salvo para EUROPAC, en tanto que contiene secretos de negocio cuya divulgación puede perjudicar sus intereses. Concreta que el documento se refiere a conversaciones mantenidas en el marco de una operación corporativa que daba lugar a una estrategia común pero que ésta no fue llevada a cabo y por ello entiende que es irrelevante para el expediente.
- En cuanto a los folios del Grupo II³, señala que se trata de documentación interna de LANTERO que refleja su política de aprovisionamiento y que no hacen referencia alguna a contacto entre competidores, por lo que los entiende irrelevantes para la acreditación de conductas prohibidas. Solicita, igualmente, que se acepte la versión no confidencial de estos folios que aporta en el Anexo 2 al recurso.
- En referencia a los folios del Grupo III⁴, los considera datos relacionados con su política comercial y funcionamiento interno que contienen secretos de negocio. Solicita, asimismo, que se acepte la versión no confidencial de estos folios que aporta en el Anexo 3 al recurso.

En su informe, emitido el 29 de julio de 2013, la DI propone la desestimación del recurso. La propuesta de desestimación se fundamenta, en la antigüedad de la documentación cuya confidencialidad se pretende, así como en el carácter de información relevante y clave para la instrucción del expediente. En concreto:

- En relación con los folios del Grupo I, señala que se trata de notas manuscritas entre LANTERO y SAICA durante el período comprendido entre 2004 y 2008, por lo que, dada su antigüedad han perdido su relevancia comercial. Añade que esta información es clave para la investigación.
- Sobre la confidencialidad del folio 1242, la DI indica que en el mismo se describen las posturas comunes de dos competidores, LANTERO y EUROPAC, frente a terceros competidores y que ello refleja una forma de proceder poco competitiva que guarda relación directa con el objeto de la investigación.
- En cuanto a los folios del grupo II, la DI considera que han perdido su carácter confidencial por el transcurso del tiempo a la vez que hace hincapié en su utilidad para la instrucción del expediente.
- Con respecto a los folios del grupo III, la DI entiende que son esenciales para la investigación y el esclarecimiento de los hechos en tanto que contienen

² Folios 853; 855; 863; 867; 873; 876; 882; 895 a 901; 904; 908; 912; 918 a 919; 1023; 1025; 1028; 1052; 1058; 1068; 1089; 1094 a 1095; y 1112.

³ Folios 838 a 841; 845 a 852; 858 a 859; 884; 888 a 891; 913 a 915; 920 a 921; 923 a 947; 949 a 982; 994 a 1000; 1005 a 1015; 1034 a 1046; 1077 a 1084; 1096 a 1099; 1102 a 1111; 1114 a 1122; y 1124 a 1131.

⁴ Folios 1195; 1197; 1200; 1204; 1206; 1212; 1220; 1232; 1239; 1270 a 1343; 1415 y 1416; y 1417 a 1419.

anotaciones de reuniones comerciales y tablas de clientes con las estrategias seguidas o a seguir tanto por LANTERO como por sus principales competidores.

La DI añade que el desconocimiento de estos datos por parte del resto de interesados, especialmente de la denominación de los clientes, podría generar indefensión a los mismos al impedirles una correcta valoración de las pruebas y elementos para evaluar las conductas investigadas.

SEGUNDO.- Sobre la confidencialidad de los folios controvertidos.

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 permite, 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.

a) Folios del grupo I

Los folios del grupo I recogen información sobre negociaciones con SAICA mediante actas manuscritas de reuniones mantenidas entre SAICA y LANTERO sobre acuerdos en relación con el suministro de papel y medidas futuras en el mercado del cartón ondulado. LANTERO señala que dichas negociaciones versan sobre su política de aprovisionamiento y su forma de negociar con su principal proveedor de papel, SAICA, por lo que contiene información altamente confidencial.

Pero lo cierto es que se trata de documentación que data entre 2004 y 2008, por lo que se trata de información de gran antigüedad, en algún caso próxima a los diez años. En este sentido, señala el apartado 23 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 (en adelante, la Comunicación) que de forma clara dispone 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 ha dejado de ser confidenciales”. Dado que todos los documentos discutidos en este grupo sobrepasan dicha antigüedad este Consejo considera que, cualquiera que fuera su naturaleza inicial, la aplicación de la presunción referida impide otorgarles carácter confidencial.

Añade LANTERO, como justificación de su petición de confidencialidad, que *“la estructura del mercado no ha variado desde la redacción de esas notas”*. Sin embargo, se trata de una afirmación categórica del recurrente, pero exenta de cualquier tipo de argumentación, razonamiento, apoyo fáctico o prueba en su favor.

Por ello, tratándose de documentación cuyo valor comercial se ha perdido por el transcurso del tiempo, se considera que ha perdido su carácter confidencial.

b) Folios del Grupo II

Con respecto a los folios del Grupo II, incluyen anotaciones y cuadros sobre aprovisionamientos y compras de papel. LANTERO indica que únicamente reflejan su política de aprovisionamiento y no se refieren a contacto alguno entre competidores por lo que los entiende irrelevantes para el expediente. Sin embargo, dichos documentos son muy antiguos, pues aunque muchos datan de 2004, los hay que se refieren a datos correspondientes a ejercicios anteriores, a 2003, 2002, 1998 o incluso a datos de 1992. Por ello, debido a su gran antigüedad, con base en lo dispuesto en el apartado 23 de la Comunicación, como ya se ha expuesto, se trata de información comercial que, cualquiera que fuera su naturaleza inicial, ha perdido cualquier carácter confidencial por el transcurso del tiempo. Así, en tanto que documentación con una antigüedad superior a cinco años, no es susceptible de considerarse protegida por el artículo 42 LDC.

c) Folios del Grupo III

En cuanto a los folios del grupo III, son los que más preocupan a LANTERO, dado que reflejan actas de reuniones de su departamento comercial en las que se analiza la situación de diferentes clientes y las estrategias comerciales a llevar a cabo y versan sobre el porcentaje que suministra cada empresa a un determinado cliente. Añade que esta información la ha obtenido a través de sus clientes, lo que le ha permitido analizar las circunstancias del mercado, de los operadores en el mismo y las exigencias de aquéllos para poder obtener los datos de referencia, por lo que no es producto de ningún acuerdo entre LANTERO y sus competidores.

Sin embargo, contienen información relativa a reuniones comerciales, tablas de clientes con las estrategias comerciales que se siguen o van a seguir tanto LANTERO como sus competidores, percibiéndose indicios de contacto entre competidores para el reparto del mercado de cartón ondulado. LANTERO afirma que no la ha obtenido a través de contactos con los competidores, sino del propio cliente. Por tanto, en la medida en que dicha información haya podido llegar a LANTERO a través de sus clientes, es información ya conocida fuera de LANTERO, por lo que no goza de carácter confidencial. Al respecto se pronuncia el apartado 23 de la Comunicación de la Comisión indicando que *“No se considerará, en principio, confidencial la información relativa a una empresa que ya se conozca fuera de la empresa”*.

Además, no engloba únicamente documentación interna sobre la estrategia comercial de LANTERO, sino que también se refiere a las estrategias comerciales de algunos de sus competidores, ya incoados en el expediente S/0469/13. Sobre la información de determinadas empresas en manos de otra se manifiesta la Resolución de 27 de enero de 2011, expediente R/0058/10, CTT STRONGHOLD 2, en la que 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 tanto, pues, que se trata de información comercial que no es propia de LANTERO, no puede gozar del privilegio que otorga el artículo 42 LDC.

d) Folio 1242

En relación con el folio 1242, LANTERO señala que se refiere a secretos de negocio en tanto que recoge conversaciones mantenidas entre LANTERO y EUROPAC en el marco de una operación corporativa en la que se consideró una estrategia común no llevada a término. Añade que esta información es irrelevante para la investigación. Sin embargo, este Consejo considera que la misma refleja posturas comunes de dos competidores que, de haberse llevado a cabo, constituirían una infracción del derecho de la competencia. Por ello, en tanto que se desconoce si actualmente dicho comportamiento se está llevando a cabo o no, constituye información muy importante para la investigación. Así, aun pudiendo tratarse de información confidencial, con base en lo dispuesto en el apartado 24 de la Comunicación que 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”*, queda suficientemente justificado su tratamiento no confidencial.

Por todo ello, en tanto que el contenido de la información controvertida se considera que bien ha perdido su carácter confidencial por el transcurso del tiempo bien se trata de información conocida fuera de la empresa o bien se estima información clave para la investigación, este Consejo coincide plenamente con la valoración de la DI, entendiendo que la información controvertida no entra dentro del ámbito de protección que otorga el artículo 42 LDC.

Por último, se recuerda lo dispuesto en el artículo 43 de la LDC, relativo al deber de secreto que deben mantener todos los que tomen parte en la tramitación del procedimiento, que evita que exista peligro de divulgación de la información declarada no confidencial, en tanto que ésta no puede ser conocida por terceros ajenos al expediente y que sobre los interesados en el mismo pesa el deber de secreto mencionado.

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 controvertidos.

La recurrente no alega ni en su recurso de 17 de julio de 2013 ni en sus alegaciones al informe de la DI de 30 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 su Resolución de 24 de abril de 2013 (Expte. R/0133/13, T.M.E. LLAMADAS MÓVILES) 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 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).

El hecho de que LANTERO 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, LANTERO 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 5 de julio de 2013 ocasione indefensión a LANTERO.

b) Ausencia de perjuicio irreparable por no mantener el carácter confidencial de los folios controvertidos.

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).

LANTERO sólo alega perjuicio irreparable en relación con los folios del grupo I y el folio número 1242, no haciendo mención expresa al mismo en relación con el resto de la información controvertida.

En relación con la información del grupo I LANTERO hace hincapié en que SAICA es su principal proveedor y la divulgación de dicha información permitiría a las empresas que compiten con SAICA en el mercado aguas arriba y con SAICA y LANTERO en el mercado de cartón ondulado conocer la forma en que su principal competidor negocia y se relaciona con sus clientes. Por otro lado, los competidores de LANTERO en el mercado de la fabricación del cartón ondulado podrían tener acceso a la forma en que LANTERO negocia y se relaciona con el principal proveedor de papel del mercado. Pero LANTERO no especifica qué consecuencias concretas podría conllevar el que sus competidores estuvieran al tanto de esta información, no concreta qué perjuicio grave le podría conllevar su difusión, sino que se limita a señalar que dicha difusión sería susceptible de dañar gravemente su posición en el mercado. Como ya se ha visto, la simple referencia al "secreto comercial" no es suficiente para acceder a una petición de confidencialidad, sino que resulta imprescindible su debida motivación. En este caso, la justificación de LANTERO deviene insuficiente, pues se concreta en el daño que se produciría en caso de que se divulgara lo que convierte a determinada información en "secreto comercial". Y ese daño ha de ser concreto y real, no hipotético o meramente dialéctico.

Este Consejo considera, como ya se ha expuesto anteriormente, que tratándose de documentación comprendida entre los años 2004 y 2008, ha transcurrido tiempo suficiente como para haber esperado que la estructura del mercado haya cambiado y, por tanto, carezca de valor comercial, por lo que hay que concluir que no goza de la protección que otorga el artículo 42 LDC. Debido a ello ningún perjuicio para LANTERO puede derivarse de su inclusión en el expediente como información no confidencial.

En cuanto al folio número 1242, señala LANTERO que contiene secretos de negocio cuya divulgación puede perjudicar sus intereses. Sin embargo, tampoco aquí especifica qué intereses propios pueden verse perjudicados. Se limita a señalar que muestra el contenido de negociaciones entre dos partes, sin desvelar que dichas negociaciones encubren estrategias poco competitivas.

A la vista de lo expuesto, no resulta posible apreciar que el Acuerdo de la DI de 5 de julio de 2013, en el que se fundamenta el presente recurso, cause perjuicio irreparable a los derechos e intereses de LANTERO.

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 LANTERO contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de 5 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.