

RESOLUCIÓN

(Expte. R/0058/10, CTT STRONGHOLD 2)

CONSEJO

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidente
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. M^a. Jesús González López, Consejera
D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 27 de enero de 2011

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, el Consejo), con la composición antedicha, y siendo ponente la Consejera D^a. Pilar Sánchez Núñez, ha dictado la siguiente RESOLUCION en el Expediente R/0058/10 por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto con fecha 29 de octubre de 2010 por la representación de CTT STRONGHOLD, S.A., (en adelante, CTT), contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de la CNC (en adelante, DI) de 13 de octubre de 2010 que resolvía sobre la solicitud de confidencialidad de determinada información efectuada por CTT mediante escrito de 28 de octubre de 2010.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con ocasión de la inspección realizada el 17 de junio de 2010 en la sede de CTT en Barcelona, la DI recabó un conjunto de documentación que en ese momento se declaró cautelarmente confidencial, dado que la actuación se llevó a cabo en el marco de una información reservada. Posteriormente, habiéndose adoptado por la DI el acuerdo de incoación de expediente sancionador S/0287/10 con fecha 26 de julio de 2010, se notificó a CTT la relación de documentos en formato papel recabados durante la citada inspección que serían incorporados al expediente, requiriéndole para que, conforme al art. 42 LDC, solicitara motivadamente la confidencialidad de aquellos documentos que así considerase y aportara, en su caso, versión censurada de los mismos.
2. El 18 de agosto de 2010 se recibió en la CNC escrito de CTT en el que solicitaba la devolución de cierta documentación no relacionada, en su opinión, con el objeto de la investigación, así como la confidencialidad de determinada documentación de la que aportaba las correspondientes versiones censuradas. A la vista de dicho escrito, mediante Acuerdo de

13 de octubre de 2010, la DI resolvió accediendo parcialmente a la solicitud de CTT, acordando la devolución de ciertos documentos, pero rechazando la de otros, y declarando la confidencialidad para una serie de documentos, mientras que declaraba otros como no confidenciales.

3. Mediante escrito de 28 de octubre de 2010, y al amparo del art. 47 LDC, CTT presentó recurso contra el precitado Acuerdo de 13 de octubre de 2010 alegando que el acceso del resto de las empresas imputadas a la información para la que solicitaba la confidencialidad le causaría un perjuicio irreparable.

En concreto, en relación con los folios a los que se hace referencia en el recurso (numerados según foliado de la inspección) la recurrente solicita lo siguiente:

- 3.1 Folios para los que se solicita devolución por considerar que su contenido se halla fuera del objeto de la inspección o del expediente (1, 2, 634 a 638, 648 a 651, 689 a 714, 715 a 722, 723 a 726, 727 a 737)

CTT solicita la devolución de los citados folios o, subsidiariamente, la declaración de confidencialidad de los mismos, de manera que se incorporen al expediente tan sólo sus versiones censuradas.

Indica CTT que la información obrante en estos folios se refiere a la proyectada obra de instalación y suministro de tirantes para el "Puente sobre la Bahía de Cádiz", proyecto que está actualmente en fase de desarrollo y al que CTT (en UTE junto con las empresas MeKano4 y FPS) está optando mediante la presentación de una oferta a la constructora adjudicataria de la misma [UTE Dragados y Construcciones Especiales y Dragados –DRACE, que posteriormente ha pasado a denominarse Flota Proyectos Singulares" (FPS)], para el suministro e instalación de los tirantes.

Señala la recurrente que, en su escrito de 16 de agosto de 2010, solicitó la devolución de estos folios al referirse todos ellos a información relativa a tirantes, lo que considera que no entra dentro del objeto de la investigación o del expediente, objeto definido por el acuerdo de incoación del expediente de 26 de julio de 2010 como indicios de conductas prohibidas en el *"mercado del postensado para la construcción, mantenimiento y control de puentes y estructuras, así como aplicaciones de geotecnia"*. Subsidiariamente –sigue diciendo la recurrente-, y para el caso de que dicha información no fuera devuelta a CTT, se solicitó la confidencialidad de la misma por contener informaciones sobre CTT y la mencionada UTE tales como costes y ofertas. Si otras empresas que están compitiendo por este proyecto, aun no adjudicado, tuvieran acceso a estos datos, podrían fácilmente contraofertar mejorando la propuesta hecha por CTT (de la que

habrían tenido conocimiento al acceder a estos documentos) y, por lo tanto, CTT (la UTE formada por CTT, MeKano4 y FPS) perdería la posibilidad de resultar adjudicataria de la misma. Por ello, afirma CTT, el hecho de que la información contenida en estos documentos no sea declarada confidencial y el resto de empresas imputadas en el expediente (excepto MeKano4 con la que CTT concurre mediante una UTE al mencionado proyecto) pudieran acceder a ella, causaría un perjuicio irremediable a CTT.

Seguidamente se detalla el contenido de los folios:

Folio 1: Documento con el membrete de la adjudicataria de la obra (Dragados-FPS) consistente en un cuadro comparativo de tres ofertas económicas de distintas empresas (entre ellas, la de la UTE CTT-MeKano4-FPS, que es la más alta) para el proyecto de tirantes del "Puente sobre la Bahía de Cádiz"; alega CTT que se trata de información suministrada por un cliente en el proceso de negociación, cuyo conocimiento por terceros causaría pérdida de confianza del mismo respecto a CTT.

Folio 2: Datos relativos a los costes del recurrente en el citado proyecto. CTT considera paradójico que la DI, tal y como solicitó en su escrito de 16 de agosto de 2010, haya declarado confidencial el folio 3 y no el folio 2, ya que contienen los mismos datos económicos, por lo que solicita la confidencialidad también para este último. (Como se indica más adelante, en su informe al recurso la DI ha accedido a esta petición)

Folios 635 a 638, 650 a 651, 723 a 726, 727 a 737: Información sobre reuniones realizadas en el seno de la UTE entre CTT, MeKano4 y FPS para preparar la oferta de tirantes a presentar a la constructora de la obra "Puente sobre la Bahía de Cádiz", así como la oferta económica de la UTE (fol. 727 a 737), que contiene información sobre la tipología de tirantes a utilizar por la UTE, por lo que CTT considera que estos datos deben mantenerse totalmente confidenciales. (En el Acuerdo recurrido, la DI, de oficio, ya había declarado confidencial parte de la información contenida en los fol. 727 a 737).

Folios 689 a 714: Contienen las ofertas económicas para el proyecto de dos empresas (las mismas que figuran en el folio 1, aparte de la UTE CTT-MeKano4-FPS). En las carátulas de presentación de ambas ofertas (fol. 689 y 700) hay sendas notas manuscritas que indicarían que las ofertas han sido vistas por CTT junto con un responsable de la empresa que la ha elaborado. Según CTT, todo ello es información suministrada por un cliente de CTT que debe ser inaccesible para terceros para preservar la confidencialidad de la fuente y el poder de negociación de la recurrente.

Respecto a los folios 634, 648, 649, 715 a 722, el recurrente no se pronuncia ni justifica la confidencialidad de los mismos. Los folios 715 a 722 ni siquiera figuran entre aquellos para los que se solicita la devolución o la confidencialidad en el petitum final.

3.2 Folios para los que se solicita confidencialidad por considerar que contienen información comercial sensible (78, 197 a 206, 308, 309, 661, 759, 765, 788 y los citados en el Punto VII.2) del Acuerdo recurrido)

CTT solicita que sean declarados confidenciales los datos e informaciones contenidos en dichos folios, pues contendrían información sobre política comercial, estructura de costes y otras condiciones económicas desarrolladas con sus clientes, de manera que se incorporen al expediente tan sólo sus versiones censuradas. A continuación se detalla su contenido:

- Folio 78: Información sobre el estado de adjudicación de determinadas obras públicas y de las ofertas realizadas sobre ellas.
- Folios 197 a 206: Listado (datado a 04-05-2007) que recoge la adjudicación de una serie de obras públicas con indicación de su adjudicataria.
- Folios 308 a 309: Dos cartas (datadas a 22-12-2006 y 22-01-2007) por las que otros tantos clientes comunican a CTT la adjudicación de la obra respectiva, con indicación de las condiciones económicas.
- Folios 661: Anotación manuscrita relativa a una adjudicación a otra empresa, con indicación del importe.
- Folios 759 y 765: Anotaciones manuscritas sobre costes y precios, con referencias a otras empresas identificadas por letras del alfabeto (fol. 759) o por sus siglas, entre ellas CTT (fol. 765).
- Folio 788: Oferta económica de CTT a un cliente, datada a 24-08-2006.
- Folios citados en el Punto VI1.2) del Acuerdo de confidencialidad recurrido: Listados de clientes y obras, datados entre 2006 y 2010, con indicación de los importes de las mismas recogidos en seis columnas encabezadas por las cinco primeras y la última letras del alfabeto, bajo las cuales figura un porcentaje. En otra columna previa a las señaladas, epigrafiada "ADJUD", se recogen cantidades y letras que se corresponden con las que figuran en las seis columnas antedichas. La DI lo declaró no confidencial en dicho Acuerdo por considerar que eran datos conocidos por el resto de empresas imputadas en el expediente, si bien, según la recurrente, la DI no habría demostrado que dichas tablas hayan sido conocidas por el resto de las empresas.

4. Además de la petición recogida en el apartado anterior, mediante Otrosí la recurrente solicita que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia acuerde la medida cautelar consistente en que, mientras se tramita el presente recurso y hasta que el Consejo no decida sobre el fondo del mismo, no se incorporen al expediente los folios precitados. La recurrente considera que *“Esta medida es necesaria e imprescindible porque, en caso contrario, si las empresas incoadas en este procedimiento tienen acceso a la información confidencial señalada en el presente recurso de manera previa a su resolución, en el caso de que el Consejo finalmente estimase el carácter confidencial de la misma, el perjuicio irreparable ya habría sido causado, por cuanto las empresas ya habrán tenido conocimiento de dicha información, siendo en ese caso materialmente imposible reparar dicho daño, el conocimiento adquirido no podría ser “devuelto””*.

5. En su preceptivo informe al recurso, de 12 de noviembre de 2010, la DI señala que a la hora de determinar qué datos son confidenciales, en línea con la práctica de la CNC, ha ponderado los principios de transparencia y de deber de secreto de aquellas informaciones que estén protegidas por el secreto comercial (artículos 3.5 y 37.5 d) de la Ley 30/1992), utilizando con carácter interpretativo la definición de secretos comerciales de la Comunicación de la Comisión Europea de acceso al expediente y, asimismo, indica que también ha ponderado si la citada documentación contiene información directamente relacionada con el objeto de la investigación de este expediente sancionador, imputable tanto a la empresa como a otros interesados en este procedimiento, así como si dicha documentación contiene información en relación con la cual los interesados en este procedimiento sancionador deban poder ejercer sus derechos de defensa. Así se ha manifestado el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, TDC), en su Resolución del 4 septiembre de 2003, Expte. 552102, Empresas eléctricas, indicando que:

“(…) cabe señalar que la confidencialidad de documentos del expediente no es un derecho de las partes, como parece creer el recurrente al ofrecer renunciar a ella frente al Servicio, sino algo que, según el artículo 53 LDC, el Servicio o el Tribunal pueden acordar, manteniendo en lo posible el equilibrio entre el interés público y el interés de las empresas en no desvelar secretos de negocios y siendo doctrina constante del Tribunal que no puede sustentar sus resoluciones en documentos confidenciales que, al no ser susceptibles de contradicción, no pueden servir ni para sancionar ni para exculpar”.

Tras subrayar que este principio de confidencialidad no es en modo alguno un principio absoluto por cuanto viene matizado, como ha señalado el Consejo de la CNC en su Resolución de 27 de octubre de 2008 (R1003108, Trío Plus), por las circunstancias de cada caso, la DI indica que, teniendo

en cuenta todo lo anteriormente expuesto, ha declarado de oficio confidenciales aquellos documentos que pudieran contener secretos comerciales cuya revelación pudiera causar un perjuicio a la empresa y, sensu contrario, de acuerdo con lo señalado en el artículo 42 de la LDC y ponderados los principios de transparencia y publicidad, ha declarado la no confidencialidad de aquellos datos que no pudieran considerarse secreto comercial de negocio ni información cuyo conocimiento por las restantes partes del expediente pudiera causarle un perjuicio.

6. Respecto a la solicitud de devolución de los folios 1, 2, 634 a 638, 648 a 651, 689 a 714, 715 a 722, 723 a 726, 727 a 737, por no corresponderse, a juicio de la recurrente, con el objeto de la Orden de investigación o del expediente, la DI hace las siguientes consideraciones:

- Que esta cuestión ya fue contestada por el Consejo en su Resolución de 10 de septiembre de 2010, en el ámbito del recurso R/0050/10, CTT Stronghold, interpuesto por esta misma empresa el pasado 30 de junio de 2010 contra la Orden de Investigación (OI) de la DI de 2 de junio de 2010 que dio lugar a la inspección en la que se recabaron los documentos cuya declaración de no confidencialidad por la DI ha provocado el recurso que ahora se examina.
- Que la empresa debería haberse pronunciado en el momento de interposición de dicho recurso contra la actuación inspectora, acerca de la devolución de los citados folios. Sin embargo, en aquel momento se limitaron a expresar de manera genérica lo siguiente: *"Adicionalmente, pese a que esta parte tiene derecho a solicitar a la Dirección de investigación la devolución de los documentos recabados en el transcurso de la inspección cuyo contenido no esté relacionado con el objeto de la investigación, o al no quedar este identificado en la Orden de investigación, esta Parte se ve en la imposibilidad de solicitar de la Dirección de Investigación la devolución de estos documentos"*.
- Que se reiteraba en las razones apuntadas en el Acuerdo recurrido para rechazar la devolución de los folios en cuestión: *"por tratarse de información relacionada con el objeto de la investigación (...) necesaria para la instrucción del expediente a efectos del esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades"* y que, por lo mismo, este fundamento de la recurrente debía ser desestimado.
- Que *"aunque el recurrente no se pronuncia respecto de los folios 715 a 722 ni en el Petitum ni al enumerar los folios para los que solicita subsidiariamente confidencialidad, sí se refiere a los mismos en el Fundamento de Derecho Primero del recurso, por lo*

que para mayor garantía del recurrente, esta DI interpreta que solicita también la devolución de los mismos, rechazando igualmente esta solicitud por la misma causa antedicha, pues se trata de información directamente relacionada con el objeto del expediente”.

7. En cuanto a la solicitud subsidiaria de confidencialidad para la misma documentación anterior, la DI se refería separadamente a los folios controvertidos:
- Folio 1: Como había manifestado en el Acuerdo recurrido, la DI reiteraba que este folio contiene evidencias de las supuestas prácticas anticompetitivas que están siendo objeto de análisis en el marco del expediente de referencia.
 - Folio 2: Teniendo en cuenta los argumentos y la solicitud del recurrente y con la finalidad de mantener la coherencia con lo resuelto en el Acuerdo de 13 de octubre de 2010 declarando la confidencialidad del folio 3 de la inspección, la DI declaraba la confidencialidad de las cifras contenidas en el folio 2.
 - Folios 634 a 638, 648 a 651, 724 a 726 y 715 a 722: Señalaba la DI que, en su escrito de 18-08-2010, el recurrente solicitó la devolución de dichos folios, pero no su confidencialidad, por lo que el Acuerdo recurrido no se pronunciaba sobre la confidencialidad de los mismos. Aparte de considerar que la nueva petición del recurrente en este sentido debía desestimarse por extemporánea, la DI indica que tampoco cabía declaración de confidencialidad por entender que contienen evidencias de posibles prácticas anticompetitivas, necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados en el expediente de referencia.
 - Folios 723 y 727 a 737: La DI reiteraba la valoración hecha en el Acuerdo recurrido, declarando confidenciales aquellos datos que pudieran contener secretos comerciales cuya revelación pudiera causar un perjuicio a la empresa, y negando la confidencialidad de aquellos otros datos que contienen evidencias de posibles prácticas anticompetitivas, necesarias para el esclarecimiento de los hechos objeto de la investigación, pero respetando en todo caso aquella información que pudiera resultar comercialmente sensible en perjuicio del recurrente mediante las correspondientes versiones censuradas elaboradas por la DI.
 - Folios 689 a 714: La DI reiteraba, igualmente, la valoración efectuada en su Acuerdo de 13 de octubre de 2010, señalando que dichos documentos contienen evidencias de posibles prácticas anticompetitivas necesarias para el esclarecimiento de los hechos objeto de la investigación que está desarrollando.

8. En lo referente a la solicitud de confidencialidad de los folios 78, 197 a 206, 308, 309, 661, 759, 765 y 788, la DI reiteraba que se trata de datos que no podrían causar perjuicio a la recurrente, al ser conocida la información contenida en dichos folios por las otras empresas imputadas en este expediente, pues se trata de obras y tablas de adjudicación de las mismas.
9. Respecto a los folios citados en el punto VII.2) del Acuerdo recurrido, y a la afirmación del recurrente de que la DI en ningún momento ha demostrado que las tablas de datos contenidas en dicho apartado sean conocidas por las empresas imputadas en el expediente S/0287/10, la DI indica que dicha información es objeto de debate de otros recursos interpuestos contra acuerdos de declaración de confidencialidad, por lo que se trata de información cautelarmente confidencial hasta la resolución de dichos recursos. Señala que, en el supuesto de que dicha información sea declarada no confidencial por el Consejo de la CNC, podrá el recurrente comprobar las afirmaciones realizadas por la DI y confirmar que esta información era conocida por las empresas imputadas.
10. La DI termina su informe reiterando que ha ponderado la protección de los posibles secretos comerciales de la empresa recurrente y que, en aplicación del principio de proporcionalidad, la declaración de no confidencialidad estaba justificada en la medida en que la documentación referenciada en los folios señalados anteriormente no contiene datos que pudieran considerarse secreto comercial de negocio ni información cuyo conocimiento por las restantes partes del expediente pueda causarle perjuicio, datos que son necesarios para delimitar el alcance y los efectos de los posibles acuerdos anticompetitivos, sin que ello suponga revelar secretos comerciales de la citada empresa. Recuerda que esta información, aún declarada no confidencial, sólo será accesible a los interesados, no a terceros, y que el hecho de que no se declare la confidencialidad pretendida por CTT no significa que estos datos se hagan públicos, ya que siguen sometidos al deber de secreto establecido en el artículo 43 de la LDC.

Como conclusión la DI propone que *“se desestime el recurso interpuesto contra el acuerdo de la DI de 13 de octubre de 2010 sobre la confidencialidad de determinados datos recabados en la inspección de CTT Stronghold, S.A., en la medida en que el citado acuerdo en ningún caso produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de CTT, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC. No obstante, se propone también que se estime, de conformidad con lo solicitado por el recurrente, la propuesta de confidencialidad de datos en relación con el folio 2, como así se ha señalado en este informe”*.

11. Con fecha 24 de noviembre de 2010, el Consejo acordó admitir a

trámite el recurso interpuesto por CTT, concediéndole plazo de alegaciones. Mediante escrito de fecha 14 de diciembre de 2010, el recurrente presentó alegaciones reiterando los argumentos y la solicitud ya expuestos en el mencionado recurso.

12. El Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 26 enero de 2011.

13. Es interesado CTT STRONGHOLD, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

El artículo 47 de la Ley 15/2007 prevé la posibilidad de presentar recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la DI, estableciendo que *“Las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días”*. Así lo ha hecho CTT. Se trata, por tanto, de verificar si el Acuerdo recurrido reúne las condiciones exigidas para serlo, esto es, que produzca indefensión o perjuicio irreparable al recurrente, lo que conllevaría la estimación del recurso.

En su escrito de recurso CTT no hace referencia en ningún momento al primer requisito, por lo que habría que entender inexistente una posible indefensión que provocase el Acuerdo recurrido, de manera que no sería preciso analizar este supuesto. En cuanto al segundo requisito, CTT alega repetidamente que la denegación de confidencialidad solicitada le causaría un perjuicio irreparable. Por tanto, **resulta necesario analizar el carácter confidencial de los documentos discutidos y la justificación aportada para confirmar su carácter de secreto comercial, a fin de determinar si existe el perjuicio que exige la norma.**

SEGUNDO.- Sobre la devolución de determinada documentación

Comenzando, en primer lugar, por la petición de devolución de determinada documentación recabada en la inspección de su empresa *“por considerarse que no entra dentro del objeto de la investigación o del expediente”*, simplemente señalar que, como bien cita la Dirección de Investigación, este Consejo se ha pronunciado al respecto en su Resolución de 10 de septiembre de 2010, recaída en un recurso también interpuesto por CTT (Expte. R-

0050/10), por lo que resulta improcedente que reitere su pretensión sin argumento adicional alguno que justifique su petición.

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

Conforme al artículo 42 LDC, en cualquier momento del procedimiento puede declararse la confidencialidad de documentos, bien de oficio o a instancia de parte. No obstante que el artículo 42 LDC conceda a las partes en el procedimiento la posibilidad de instar la confidencialidad de los documentos incorporados al expediente, ya el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) reconoció al Servicio antecesor de la DI *“una amplia potestad para acordar la confidencialidad de datos y documentos en la fase de instrucción”* (Resolución TDC 16-01-1997), en consideración, precisamente, al perjuicio que puede suponer para las empresas el que sus secretos comerciales y otros datos llegasen a ser conocidos por los competidores parte en el expediente. Pero, habida cuenta que lo que defiende la LDC es un interés público, esa *“amplia potestad”* ha de buscar el equilibrio entre dicho interés y el de las empresas en que sus secretos comerciales sean salvaguardados. Así lo afirmaba también el TDC al declarar que *“cabe señalar que la confidencialidad de documentos del expediente no es un derecho de las partes, como parece creer el recurrente al ofrecer renunciar a ella frente al Servicio, sino algo que, según el artículo 53 LDC, el Servicio o el Tribunal pueden acordar, manteniendo en lo posible el equilibrio entre el interés público y el interés de las empresas en no desvelar secretos de negocios y siendo doctrina constante del Tribunal que no puede sustentar sus resoluciones en documentos confidenciales que, al no ser susceptibles de contradicción, no pueden servir ni para sancionar ni para exculpar”* (Resolución TDC 04-09-2003, Expte. 552/02, Empresas eléctricas).

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

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

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

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

Establecido lo anterior, y con las excepciones que se analizaran en el Fundamento siguiente de la presente resolución, este Consejo no puede sino estar de acuerdo con el informe de la Dirección de Investigación en su análisis formal, es decir, respecto a la ausencia de justificación de la petición del recurrente, como material, sobre la apreciación que al órgano instructor le merecen los datos cuya confidencialidad ha sido denegada.

Por un lado, del examen de los folios 78,197 a 206, 635 a 638, 650 a 651, 661, 715 a 722 y punto VII.2) del acuerdo recurrido, sobre la que se solicita confidencialidad, no puede concluirse, a pesar de que el recurrente así lo expone, que la información en ella incluida tenga el carácter de secreto comercial, de acuerdo con las pautas que proporciona la práctica de las autoridades españolas de competencia, así como la Comunicación de la Comisión relativa a las normas de acceso al expediente en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del TCE (2005/C 325/07), donde se incluye la definición de secreto comercial y los criterios a tener en cuenta para aceptar la solicitud de trato confidencial para dicho secreto. Pues si bien algunos de los documentos sobre los que se solicita una declaración de confidencialidad podrían en principio cumplir el criterio de secreto comercial por su naturaleza, como son la oferta comercial en precio y cantidades, la lejanía en el tiempo de la fecha de dicha información, de 2004 a 2008, hace que se pierda el carácter de información comercial sensible. En otros casos la no identificación del oferente con solo el acceso a esas páginas conlleva también que dichas cifras pierdan la naturaleza de información comercial sensible dado el contexto de anonimato en el que se encuentran.

Adicionalmente, como señala la Dirección de Investigación, en unos casos, los datos en cuestión parecen apuntar a relaciones entre competidores que puede resultar necesaria para el adecuado ejercicio del derecho de defensa por las distintas empresas interesadas, en tanto que refieren hechos que pueden sustentar la imputación de prácticas restrictivas de la competencia o que, como demuestra la actuación de otros interesados en el expediente, son conocidos por todos ellos. En otros, la documentación en cuestión ha sido depurada de toda información confidencial.

Por último, en los restantes supuestos, la información no tiene naturaleza confidencial en la medida en que, a pesar de que el recurrente manifieste lo contrario, no contienen datos relativos a la política comercial, estructura de costes y otras condiciones económicas de la recurrente.

También debe precisarse 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 investigada. Ni tampoco preservar la identidad de terceros ajenos a dicha empresa (en este caso, presuntamente, un cliente) que proporcionen a la entidad investigada información comercial de empresas competidoras.

Por otro lado, hay que admitir con la Dirección de Investigación, que la justificación expuesta para solicitar la confidencialidad no puede reputarse sino de genérica. En este sentido, no solo nuestra normativa, artículo 20 del RDC, sino también la Comisión Europea es clara en cuanto a la exigencia de que el solicitante de la confidencialidad justifique el carácter de secreto comercial de la información para la que la pide, pues señala expresamente en el apartado 22 de la precitada Comunicación que *“Las razones por las que se reivindica que la información es un secreto comercial u otra suerte de información confidencial deberán justificarse”*. Como se ha indicado previamente, el recurrente no ha aportado ningún tipo de justificación al respecto.

A todo lo anterior cabría añadir que no existe peligro de divulgación de la mencionada información, ya que ésta no puede ser conocida por terceros ajenos al expediente al pesar sobre los interesados en este expediente el deber de secreto a que hace referencia el artículo 43 de la LDC.

CUARTO.- Sobre la pertinencia de la declaración de confidencialidad de determinados documentos

Como excepción al criterio mantenido en el Fundamento precedente, este Consejo, siguiendo el informe de la Dirección de Investigación, considera procedente que, por coherencia con la declaración de confidencialidad del folio 3 de la inspección se mantenga la confidencialidad de las cifras contenidas en folio 2.

Con respecto a los documentos que se corresponden con los folios 1, y 689 a 714, el Consejo aprecia la razón de la DI para no declarar la confidencialidad del documento en sí mismo, en base a que los mismos pueden contener evidencias de la conducta ilícita por la que se ha producido la incoación del expediente sancionador correspondiente. No obstante, por coherencia con los criterios aplicados a ciertos datos declarados confidenciales por la DI sobre los folios 727 a 737, el Consejo estima procedente que los datos sobre costes, precios y ciertas especificaciones técnicas contenidos en los folios 1, y 689 a 714 deben ser considerados confidenciales para terceros. Entiende el Consejo que mantener en la versión pública del expediente una versión no confidencial de dichos documentos cumple con el equilibrio de preservar un contenido que en efecto puede ser información comercial sensible, especialmente si como alega el recurrente las obras no han sido aún adjudicadas, a la vez que da publicidad a las evidencias sobre las que fundamentar el objeto del expediente. Los folios reseñados contienen tres documentos de la misma naturaleza, ofertas económicas de distintos competidores para la misma obra y presentadas al mismo contratista y el resumen en un solo cuadro de dichos tres documentos. En consecuencia los folios 689 a 714 deberán ser sustituidos por una versión censurada de los mismos aplicando los mismos criterios empleados por la DI en la elaboración de la versión pública de los folios 727 a 737.

Por ello, procede la estimación parcial del presente recurso.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, **EL CONSEJO**

RESUELVE

PRIMERO.- Estimar parcialmente el recurso interpuesto por la representación de CTT STRONGHOLD, S.A., contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de la CNC de 13 de octubre de 2010, en el

sentido de que debe mantenerse la confidencialidad de las cifras contenidas en los folios 1, 2, y 689 a 714 de la inspección, desestimándolo en las restantes peticiones.

SEGUNDO.- Incorporar al expediente las correspondientes versiones no confidenciales de los documentos de los folios 1,2 y 689 a 714.

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.