

RESOLUCIÓN **(Expte. R/0056/10, MEKANO4)**

CONSEJO

D. Luis Berenguer Fuster, 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

En Madrid, a 12 de enero de 2011.

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia (en adelante, el Consejo), con la composición expresada al margen y siendo Ponente la Consejera D^a M^a Jesús González López, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente R/0056/10, MEKANO4, por la que se resuelve el recurso interpuesto con fecha 2 de noviembre de 2010, por la representación de Mekano4, S.L. (en adelante, Mekano4), 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 Mekano4 mediante escrito de 28 de junio de 2010.

ANTECEDENTES DE HECHO

- 1.** En el transcurso de la inspección realizada el 17 de junio de 2010 en las sedes de Mekano4 en Madrid y 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/2087/10 con fecha 26 de julio de 2010, se notificó a Mekano4 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 16 de agosto de 2010 se recibió en la CNC escrito de Mekano4 en el que solicitaba 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 declarar la confidencialidad para una serie de documentos, mientras que declaraba otros como no confidenciales.

3. Con fecha 2 de noviembre de 2010, y al amparo del art. 47 LDC, Mekano4 presentó recurso contra el precitado Acuerdo de 13 de octubre de 2010, pues *“denegaba la confidencialidad de varios folios e información comercial sensible con una importante relevancia y vigencia para la empresa en la actualidad, cuya difusión a terceros interesados puede causar graves daños a MEKANO4”*. El recurrente parte de una consideración previa, en la que señala que la mayoría de folios a los que se referirá a lo largo del recurso hacen referencia a la estrategia de constitución, estructura de costes, previsión de presupuestos y estructura de accionariado de una empresa constituida en común entre Mekano4, SAS UNETRA SYSTEMS, S.L.U. y VSL-SPAM. Esta empresa en común, durante las negociaciones llevadas a cabo para la formación de esta joint venture, será denominada por Mekano4, VSL, y SAS como "NewCo". Señala el recurrente que esta información debería ser considerada confidencial ya que versa sobre un proyecto actualmente vigente y pendiente de resolución por parte de la CNC, tras haberse planteado una consulta previa al respecto en el marco del procedimiento CP/023/10 VSL-MEKANO4-SAH. Seguidamente, el recurrente solicita la confidencialidad para una serie de folios y datos concretos.

4. En su preceptivo informe al recurso, de 10 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.

Teniendo en cuenta todo ello, la DI añade las siguientes consideraciones:

- *Que si bien el artículo 42 de la LDC establece que en cualquier momento del procedimiento puede declararse la confidencialidad de documentos, bien de oficio o a instancia de parte, conforme al artículo 20 del RDC esta declaración de confidencialidad a solicitud de parte viene condicionada a que ésta lo haga "de forma motivada" y que "deberá presentar, además, una versión no confidencial" de los documentos para los que reclama la confidencialidad.*
- *Que tras la notificación de la DI a Mekano4 de la incorporación de determinada información en papel recabada en la inspección, requiriéndole asimismo que justificase, de forma motivada e individualizada, en el plazo de diez días, el carácter confidencial de*

aquellos documentos que considerase oportuno y aportase la correspondiente versión censurada de los mismos, el 16 de agosto de 2010 tuvo entrada en la CNC la solicitud de Mekano4 señalando la confidencialidad de determinada información contenida en ciertos folios, así como la confidencialidad genérica de la totalidad de la información contenida en 739 folios, sin especificar qué datos o cifras contenidos en dichos folios revestían, en particular, dicho carácter confidencial y sin aportar versión censurada alguna.

- *Que, teniendo en cuenta todo ello, la DI declaró 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, declaró 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, incorporándose al expediente la versión censurada de oficio realizada por la DI de dichos folios.*
 - *Que, al solicitar la confidencialidad, Mekano4 no aportó versión censurada y es ahora al plantear el recurso ante el Consejo de la CNC, en particular, en relación con los folios cuya confidencialidad se solicita por parte de la recurrente por contener información relativa a la NewCo, cuando sí la aporta, argumentando también en el recurso presentando los datos y cifras que revestirían carácter confidencial.*
 - *Que en el recurso presentado se ha informado por la recurrente de la consulta previa presentada (CP1023/10 VSL-MEKANO4-SAH), aún pendiente de análisis por la Subdirección de Industria y Energía de la DI. Teniendo en cuenta estos hechos, en relación con los documentos que contienen información relativa a la constitución de la NewCo y cuya confidencialidad se solicita por la recurrente, con fecha 10 de noviembre de 2010 la Instructora del expediente acordó, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 del RDC, desglosar del expediente S/0287/10 la totalidad de la documentación recabada en las citadas inspecciones, tanto en formato papel como en formato electrónico, relativa a la constitución de la empresa NewCo y remitir dicha información a la Subdirección de Industria y Energía de la DI para su conocimiento y a los efectos oportunos.*
- 5.** Respecto a la solicitud de confidencialidad del resto de la información no relacionada con la constitución de la NewCo, es decir, los folios 4, 230, 257 a 261, 316 a 334, 453 a 459 y 634, la Dirección de Investigación señala lo siguiente:

- *Que las cifras que la recurrente alega que contendrían información sobre estimaciones de facturación (folio 4) o sobre costes de personal (fol. 230) se hallan aisladas o en medio de otros datos censurados, por lo que se trata de información que no podría revelar ningún tipo de secreto comercial.*
- *Que los documentos que según el recurrente contienen información relativa al proceso de negociación de la NewCo (folios 257 a 261) no se refieren a la misma, sino a datos relativos a competidores, también incursos en este expediente sancionador, información necesaria para delimitar el alcance y los efectos de los posibles acuerdos anticompetitivos objeto de investigación sin que ello suponga revelar secretos comerciales de Mekano4*
- *Que los datos relativos a facturación de 2005 (folios 316 a 334), aparte de que el recurrente no ha justificado su petición de confidencialidad, por su antigüedad entran en la categoría de los que la Comisión presume que han dejado de ser confidenciales.*
- *Que la información y estimaciones internas sobre la actividad realizada por la empresa y sus competidores (folios 453 a 459) (obras, clientes, cantidades, etc.), estaría relacionada directamente con las prácticas anticompetitivos objeto de investigación en este expediente, en particular, con el reparto de distintas obras entre competidores.*
- *Que el documento que Mekano4 pretende de estimaciones internas (folio 634) contiene información no sólo de su empresa sino de competidores, lo que justificaría la no confidencialidad del mismo en la medida en que los datos recabados en la inspección de la empresa son necesarios para delimitar el alcance y los efectos de los posibles acuerdos anticompetitivos.*

La DI entiende que ha ponderado la protección de los posibles secretos comerciales de la empresa recurrente y, 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, y/o 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.

Como conclusión la DI propone que, *“se desestime el recurso en todos sus términos,... en la medida en que el acuerdo recurrido en ningún caso produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses*

legítimos de la citada empresa, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC”.

6. Con fecha 16 de noviembre de 2010, se concedió trámite de alegaciones a la recurrente, del que no ha hecho uso.
7. El Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 12 de enero de 2011.
8. Es interesado Mekano4, S.L.

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 Mekano4. 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 Mekano4 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, 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 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.

Sin perjuicio de que el citado precepto 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 ”*.

Con carácter previo a examinar la argumentación de la recurrente, debe efectuarse una precisión de especial importancia a la hora de delimitar el debate sobre el que debe versar el presente recurso. En efecto, como señala la Dirección de Investigación en su Informe, parte de la documentación cuya confidencialidad ha sido denegada no ha llegado a incorporarse al expediente S/0287/10, al haber sido desglosada e incorporada a la consulta previa CP 023/10 VSL-MEKANO4-SA. Dicho acuerdo de desglose, de fecha 10 de noviembre de 2010, ha sido notificado a MEKANO 4.

Como resulta evidente, en la medida en que dicha documentación no forma parte del expediente del que trae causa el presente recurso sino que, por el contrario, ha pasado a formar parte de una Consulta Previa y tiene carácter confidencial, ya no es susceptible de provocar ningún tipo de perjuicio al recurrente que deba ser objeto de examen en la actualidad por este Consejo.

Por lo tanto, la presente Resolución se va a limitar a analizar la denegación de la confidencialidad de los folios 4, 230, 257 a 261, 316 a 334, 453 a 459 y 634, que son los únicos que, en la actualidad, pueden ser incorporados al expediente.

Establecido lo anterior, y a la vista de la información controvertida, 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 la documentación sobre la que se solicita confidencialidad no puede concluirse 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. Como bien señala la Dirección de Investigación, en unos casos, los datos en cuestión aparecen aislados y desvinculados de cualesquiera otros, por lo que no cabe pensar que pueda extraerse información adicional de ellos; en otros, han perdido vigencia por el transcurso del tiempo; y en los restantes, en fin, parecen apuntar bien a estimaciones internas que no aportan información sobre los datos reales de la actividad de la recurrente, bien a relaciones entre competidores que, en la medida en que no indica su forma de obtención, debe presumirse que se trata de información de carácter público y de fácil obtención que no constituye secreto comercial y que, además, pueden ser necesarias 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.

Y 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 también que, además, no existe peligro de divulgación de la mencionada información, ya 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.

En definitiva, no puede decirse que la información declarada no confidencial por la DI tenga el carácter de secreto comercial y que su divulgación dentro del marco del expediente pueda generar un perjuicio grave al recurrente.

TERCERO.- Sobre los requisitos del artículo 47 de la LDC. Como se ha argumentado en los Fundamentos precedentes, bajo ninguna perspectiva puede apreciarse el hecho de que la actuación administrativa de la DI en la que se fundamenta el presente recurso haya causado indefensión ni perjuicio irreparable a los derechos de Mecano4. 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**

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por la representación de Mecano4 contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de la CNC de 13 de octubre de 2010, por el que resolvía sobre la solicitud de confidencialidad de determinada información incorporada al expediente.

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.